Ueber Verbrechenseinheit und Verbrechensmehrheit

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Hans Kammerer
Referendar in Heilbronn

Druck der Vereinsdruckerei, e. G. m. b. H., Heilbronn a. N.
1929

Referent: Professor Dr. Schoetensack

Tag der mündlichen Prüfung:
21. Dezember 1928

Inhalt

Seite

I. Konkurrenz als Verbrechensmehrheit 6
1. Allgemeines über die Regelung im geltenden Recht 6
2. Die Idealkonkurrenz 10
3. Die Realkonkurrenz 27

II. Verbrechenseinheit trotz scheinbarer Verbrechensmehrheit 36
1. Scheinbare oder unechte Idealkonkurrenz („Gesetzeskonkurrenz") 37
2. Scheinbare oder unechte Realkonkurrenz 40

III. Verbrechenseinheit und -mehrheit in ausländischen Rechtsordnungen 47

IV. Regelung der Materie in den deutschen Strafgesetzentwürfen 70
1. Der Vorentwurf von 1909 70
2. Der Gegenentwurf von 1911 75
3. Der Kommissionsentwurf von 1913 und der Entwurf von 1919 78
4. Der amtliche Entwurf von 1925 82
5. Der amtliche Entwurf von 1927 89

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550010_0137

Einleitung

„Verbrechenseinheit — Verbrechensmehrheit", und damit zusammenhängend „Handlungseinheit — Handlungsmehrheit": Wir betreten hier ein Gebiet des Strafrechts, auf dem der Kampf der Meinungen mit einer Heftigkeit tobt, wie wir es sonst selten finden. Die verschiedensten Theorien und Systeme wurden aufgestellt, bekämpft und verteidigt, ohne daß sich bis heute hätte eine Einigung herbeiführen lassen. Bei dieser reichen Literatur ist es unmöglich, innerhalb des engen, uns zur Verfügung stehenden Rahmens eine erschöpfende Behandlung des ganzen Stoffes, eine Auseinandersetzung mit den einzelnen Ansichten anzustreben. Ziel und Zweck der vorliegenden Arbeit soll vielmehr sein, zunächst Stellung zu nehmen zur grundsätzlichen Regelung der ganzen Materie in der lex lata, um dann der Kritik, nachdem in der Gegenwart die Strafrechtsreform in vollem Gange ist, auch Vorschläge de lege ferenda beizufügen. Dabei soll untersucht werden, wie weit diese Vorschläge in den Entwürfen, besonders in der Reichsrats- und Reichstagsvorlage bereits erfüllt sind. Nur soweit es zum weiteren Verständnis und tieferen Eindringen in die Materie förderlich ist, soll auf die Entstehungsgeschichte und damit auch auf die einzelnen Theorien eingegangen werden. Ausländische Rechtsordnungen, die vergleichend herangezogen und behandelt werden, sollen dieses Verständnis erleichtern.

I. Konkurrenz als Verbrechensmehrheit.

1. Allgemeines über die Regelung im geltenden Recht.

Der Gesetzgeber stellt im besonderen Teil des Strafgesetzbuches einzelne „Verbrechenstypen" auf. Bestimmte Tatbestände, die sich in der Wirklichkeit so und so oft wiederholen, werden begrifflich abstrahiert, ohne daß jedoch alle Erscheinungsformen des Verbrechens [1]), die in der Wirklichkeit vorkommen, von dieser Typisierung umfaßt werden könnten. Von einer Verbrechenseinheit reden wir nun, wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale eines solchen Verbrechenstyps (Rechtsnorm) einmal erfüllt worden sind [2]). Werden dieselben dagegen mehrmals verwirklicht oder werden die Tatbestände verschiedener Normen verwirklicht, so sprechen wir von einer Verbrechensmehrheit.

Verbrechensmehrheit kann nun in den verschiedensten Kombinationen vorkommen; ein „Ausschnitt" [3]) aus den vielen Möglichkeiten ist in der Konkurrenz verkörpert. Charakteristisch ist dieser, daß eine Mehrheit von Verbrechen desselben Täters zur einheitlichen Bestrafung [4]) gelangt. Durch das Erfordernis e i n e s Täters unterscheidet sie sich von der Teilnahme: dort Verbrechenseinheit bei Tätermehrheit, hier Verbrechensmehrheit bei Tätereinheit.

Die Konkurrenzlehre wird im fünften Abschnitt des allgemeinen Teils unseres Strafgesetzbuchs behandelt. Derselbe trägt die Ueberschrift „Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen" und unterscheidet dann, ob „eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt" (§ 73), oder ob jemand „durch mehrere selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen oder dasselbe Verbrechen oder Vergehen mehrmals begangen" hat (§ 74). Die Idealkonkurrenz — auch eintätige, formale oder simultane Konkurrenz genannt — wird der Realkonkurrenz — mehrtätige, sukzessive Konkurrenz — gegenübergestellt. Da beide Konkurrenzarten im geltenden Recht eine ganz

---

[1]) Verbrechen i. w. S., nicht i. S. des § 1 STGB.

[2]) B i n d i n g, Handbuch, S. 524: „Die einmalige Realisierung des Tatbestandes in einem bejahenden Strafgesetze durch einen oder mehrere Schuldige ergibt den Begriff der Verbrechenseinheit, . . . die mehrmalige Realisierung dieses Tatbestandes oder die Realisierung der Tatbestände mehrerer Strafgesetze . . . ergibt den Begriff der Verbrechensmehrheit".

[3]) B i n d i n g a. a. O., S. 525, Anm. 14.

[4]) nicht nötig einheitliche Aburteilung (vgl. § 79 STGB.)

verschiedene Behandlung erfahren, ist es von erheblicher Bedeutung, festzustellen, ob die eine oder die andere im einzelnen Falle vorliegt.

Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist der vieldeutige Begriff der Handlung, der zugleich in Beziehung gesetzt werden muß zu dem Begriff des Verbrechens. Erörterungen darüber müssen angestellt werden, wie sich Einheit und Mehrheit der Handlung und Einheit und Mehrheit des Verbrechens zu einander verhalten; ob einer Handlungseinheit stets eine Verbrechenseinheit entspricht, oder ob hier auch eine Verbrechensmehrheit möglich ist, und umgekehrt, ob eine Verbrechenseinheit stets nur bei Handlungseinheit gegeben ist, oder ob hier auch mehrere Handlungen vorliegen können.

Die Ansichten über die Frage, was eine Handlung ist, gehen weit auseinander[5]). Teils versteht man darunter nur eine körperliche Bewegung, teils wurde das Willensmoment mit hereingenommen; andere stellten auch noch auf den Erfolg ab, so daß sie unter einer Handlung eine auf bewußtem Willen beruhende körperliche Tätigkeit mit Einschluß des Erfolgs verstanden. Ganz verschiedene Ergebnisse je nach dem Standpunkt, von dem aus die Lösung des Problems in Angriff genommen wird. Eine besondere Stellungnahme zu denselben erübrigt sich jedoch, denn der Begriff der Handlung ist zu vielseitig und zu dehnbar, als daß man von einem speziell juristischen terminus reden könnte. Es ist ein Grundbegriff, den andere Ordnungen, wie Sitte und Moral, gleichfalls verwenden; Aufgabe der Philosophie ist es, denselben zu definieren. Die Rechtswissenschaft geht von ihm als von einem feststehenden Begriff aus[6]) und die verschiedenen Versuche von Juristen, sich über den Begriff der Handlung klar zu werden, stellen keine Beschäftigung mit eigentlich juristischen Materien dar.

Die Schwierigkeit der Probleme nimmt zu, wenn wir ein Unterscheidensmerkmal zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit

---

[5]) Köhler, Grenzlinien, S. 12, unterscheidet 1. Handlung im engsten Sinne = „Körperbewegung, welche auf den Willen des sich Bewegenden zurückführbar ist". 2. Handlung = „Tätigkeit mit Einschluß ihres Erfolgs". 3. In einem weiteren Sinne „kann man das Wort Handlung gebrauchen, wenn man zugleich die Willensrichtung mit einbegreift, welche bei der Tätigkeit vorgelegen hat. . . . Die Handlung in diesem Sinne ist nichts anderes als Erfüllung eines Tatbestandes". 4. „Endlich bezeichnet das Wort Handlung nicht nur die Tätigkeit selbst, sondern auch die Tatsache, daß eine Handlung stattgefunden hat". . . „Handlung ist alsdann lediglich Tatsache, nicht Bewegung".

[6]) vgl. Schütze, Z.St.W. 3 S. 33; Stürenburg, die Bestrafung konkurrierender Verbrechen, 1908, S. 3.

aufzustellen versuchen; denn es stellt sich sehr bald heraus, daß hier eine feste Grenze überhaupt nicht besteht und folglich auch nicht gefunden werden kann. In den verschiedensten Variationen werden Erscheinungen des Lebens unter dem Begriff der Handlungseinheit zusammengefaßt, die unter anderen Umständen wieder jede einzeln als Handlung bezeichnet werden[7]). Möglichkeiten menschlicher Betätigung werden von dem natürlichen Empfinden als Handlungseinheiten angesehen, obwohl sie sich in so und so viele Einzelakte zerlegen lassen. Dabei handelt es sich hier keineswegs nur um Handlungen von längerer Dauer, sondern auch kurze Augenblicksakte lassen sich in mehrere Einzeltätigkeiten analysieren[8]). Alle Versuche, eine objektive, absolute Grenze zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit zu finden, sind aussichtslos; nur das natürliche Empfinden, die Erfahrung kann bei der Entscheidung maßgebend sein.

Wenn es uns nicht möglich war, die Handlungseinheit zu definieren, so können wir uns doch einen festen Maßstab anlegen, der uns sagt, welche Willensbetätigungen, bezw. Zusammenfassungen von solchen wir als Handlungseinheit ansehen. Richtlinien bilden hier die Sätze des geltenden Rechts; wir können diejenigen Willensakte, die zur Erfüllung der einzelnen Tatbestandsmerkmale einer Rechtsnorm erforderlich sind, als Handlungseinheit bezeichnen. Man redet dann von einer juristischen, auch strafrechtlichen Handlungseinheit[9]) im Gegensatz zu der natürlichen Handlungseinheit, von der wir oben gesprochen haben.

Der Gesetzgeber hat natürlich auch die Möglichkeit, einzelne Akte, bei denen wir im Leben von mehreren Handlungen sprechen, unter einer Einheit zusammenzufassen[10]). Die Handlung im juristischen Sinne setzt sich aus mehreren Handlungen im natürlichen Sinne zusammen. Dagegen kann er umgekehrt eine Handlung, die wir nach dem natürlichen Empfinden schlechthin als Einheit ansehen, nicht in mehrere Handlungen im juristischen Sinne zerlegen. Die natürliche

---

[7]) Kantorowicz, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, VII. Jahrg., S. 326: „Immer wenn wir von einer Einheit sprechen, meinen wir eine Vielheit, die unter irgend einem Gesichtspunkt zur Einheit zusammengefaßt wird, unter anderem Gesichtspunkt aber keine Einheit, sondern bloße Vielheit wäre".

[8]) Das Töten eines Menschen durch einen Schuß läßt sich in beliebig viele Einzelakte zerlegen, so das Laden, Zielen, Abdrücken usw.; vgl. auch Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1904, S. 367.

[9]) Das Gesetz wendet den Ausdruck in diesem Sinne in den §§ 1, 51, wohl auch in den §§ 61, 67 u. a. an.

[10]) so beim fortgesetzten Delikt.

Betrachtungsweise stellt hier eine Grenze auf, die nicht überschritten werden darf [11]).

Wenn wir uns nun fragen, in welchem Sinne unser Strafgesetzbuch den Begriff der Handlung in den §§ 73 und 74 verwendet, so ergibt sich die Antwort auf diese Frage ganz von selbst, wenn wir den Begriff der juristischen Handlungseinheit dem Gesetzestexte gegenüberstellen. Die juristische Handlungseinheit ist eine solche, welche die einzelnen Tatbestandsmerkmale eines Verbrechenstyps erfüllt; wenn also „eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt", so kann hier unter dem Begriff der Handlung schlechthin nur die Handlung im natürlichen Sinne gemeint sein [12]). Aus der Tatsache aber, daß die „eine und dieselbe Handlung" des § 73 im offenbaren Gegensatz zu den „mehreren selbständigen Handlungen" des § 74 steht, läßt sich mit Sicherheit schließen, daß der Ausdruck Handlung in beiden Paragraphen die gleiche Bedeutung hat.

Wie wir oben ausgeführt haben, ist bei der Feststellung, ob eine, oder ob mehrere Handlungen vorliegen, in erster Linie die natürliche Betrachtungsweise, die Lebenserfahrung, maßgebend. Läßt uns aber diese Erfahrung im Stiche, d. h. können wir auf Grund derselben nicht entscheiden, ob ein gewisser Tätigkeitskomplex eine Handlung oder mehrere selbständige Handlungen verkörpert, dann gehen wir nach einer sekundären Beurteilungsmethode vor, indem wir uns des Begriffs der Handlung im juristischen Sinne bedienen [13]). Wird durch die Willensbetätigungen nur ein Gesetzestatbestand verwirklicht, dann liegt auch nur eine Handlung (im juristischen Sinne) vor; werden dagegen die Tatbestände mehrerer Gesetze erfüllt, dann sprechen wir von mehreren Handlungen. Dabei ist aber zu beachten, daß wir im zweiten Falle nicht von mehreren Handlungen reden können, wenn ein Willensakt bei den mehreren Tatbestandsverwirklichungen zugleich zur Anwendung kommt. Hier liegt nur eine Handlung vor, die mehrere Gesetze verletzt, und damit haben wir das Gebiet der Idealkonkurrenz betreten.

---

[11]) vgl. Olshausen Nr. 3 zu § 73: „Die Einheit im Sinne der allgemeinen Lebensauffassung ist stets auch eine solche im strafrechtlichen Sinne; aber nicht ist umgekehrt jede Einheit im strafrechtlichen Sinne auch eine solche im Sinne der allgemeinen Lebensauffassung".

[12]) vgl. RG. 1, 111 — 25, 147 — 30, 396 — 32, 137 — 44, 30 — 49, 402 — 52, 274 — 58, 115.

[13]) vgl. Neuhaus: „Eine und dieselbe Handlung oder mehrere selbständige Handlungen?", 1908, S. 15.

2. Die Idealkonkurrenz.

Das charakteristische Merkmal der Idealkonkurrenz liegt nach der Begriffsbestimmung des Gesetzgebers in der Verletzung mehrerer Strafgesetze durch eine und dieselbe Handlung. Dabei ist besonders zu beachten, daß es sich nicht etwa um scheinbare oder gedachte Gesetzesverletzungen handelt, sondern daß alle Gesetze wirklich verletzt sind. Der Vater, der — um das bekannte Beispiel anzuführen — mit seiner verheirateten Tochter gewaltsam den Beischlaf vollzieht, erfüllt sämtliche Tatbestandsmerkmale der Notzucht (§ 177), der Blutschande (§ 173) und des Ehebruchs (§ 172)[1]. Mit Recht spricht Coenders[2] bei dem Ausdruck „Ideal"konkurrenz von einer ganz verfehlten Bezeichnung.

Die Tatsache, daß die mehreren Gesetze „durch eine und dieselbe Handlung" verletzt werden, veranlaßt eine Reihe von Schriftstellern[3], die Idealkonkurrenz nicht als Verbrechensmehrheit und damit Verbrechenskonkurrenz, sondern lediglich als Gesetzeskonkurrenz zu beurteilen. Das Verbrechen ist Handlung, führen sie aus, und beim Vorliegen einer Handlung, wie das in § 73 der Fall ist, kann auch nur ein Verbrechen vorliegen[4]. Die Zahl der Verbrechen wird durch die Zahl der Handlungen bestimmt. Nur mittels „heilloser Künsteleien"[5] sei es möglich, trotz Handlungseinheit eine Verbrechensmehrheit zu konstruieren. Wer behaupte, das Verbrechen sei Handlung, und es dennoch für möglich halte, daß durch eine Handlung mehrere Verbrechen begangen werden, der rechne — ruft Baumgarten[6] aus — nach der „Art des Hexeneinmaleins". Der Wortlaut des § 73 bestätige die Richtigkeit ihrer Behauptung, denn dieser spreche deutlich von der Verletzung mehrerer Gesetze und nicht von mehreren Verbrechen oder Vergehen, wie das bei § 74 der Fall sei[7]. Weiter verweisen die Anhänger dieser Ansicht auf die Entstehungsgeschichte, wo besonders im preußischen Strafgesetzbuch klar ersichtlich sei, daß zu mehreren Verbrechen auch

---

[1]) vgl. Schoetensack in Ger. S. Bd. 83, S. 12.

[2]) Coenders, Ueber die Idealkonkurrenz, S. 12.

[3]) v. Liszt-Schmidt; Wachenfeld; Hoepfner; Baumgarten; M. E. Mayer u. a.

[4]) v. Liszt, § 54 I; Hoepfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen I, S. 157, 159.

[5]) Wachenfeld, Lehrbuch, S. 104.

[6]) Baumgarten, Die Lehre von der Idealkonkurrenz und der Gesetzeskonkurrenz, S. 15.

[7]) Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz, S. 63 ff. — Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz, S. 81 ff. — Baumgarten a. a. O. S. 89 ff. — Hiller, Ger. S., Bd. 32, S. 233.

mehrere Handlungen gehören. Im ersten Entwurf von 1827 werde zwar von mehreren, durch dieselbe Handlung verübten Verbrechen gesprochen, aber schon in den Entwürfen von 1843 und noch deutlicher im Entwurf von 1850 werde die Richtigkeit ihrer Ansicht durch die Formulierung des Gesetzestextes bestätigt. Den Standpunkt des preußischen Gesetzbuchs habe das hessische von 1836, das württembergische von 1839, das badische von 1845 und das bayrische von 1861 geteilt. In allen diesen Gesetzbüchern werde nur dann von mehreren Verbrechen gesprochen, wenn mehrere selbständige Handlungen vorliegen: die Formulierung des Gesetzestextes könne aber doch nicht rein zufällig entstanden sein.

Die Antwort auf die Frage, welches der verletzten Gesetze nun in Wirklichkeit zur Anwendung komme, gebe — führt v. Liszt[8]) aus — die Vorschrift des § 73. Nur die „unvermeidliche Lückenhaftigkeit unserer Gesetzgebung" bringe es mit sich, daß im Gesetz kein Paragraph vorhanden sei, welcher der Handlung nach allen ihren Seiten gerecht werde. Daher bleibe nach geltendem Recht nur der „freilich gewaltsame und wenig befriedigende Ausweg", die Strafdrohung anzuwenden, die durch die „Spannweite ihres Strafrahmens die volle Würdigung der Handlung wenigstens annäherungsweise" gestatte. Diese Aushilfsregel und nicht mehr spreche § 73 aus, wenn er anordne, daß dasjenige Gesetz zur Anwendung komme, das die schwerste Strafe und bei ungleichartigen Strafarten dasjenige Gesetz, das die schwerste Strafart androhe.

Während somit die Vertreter dieser Ansicht, denen sich auch die deutschen Entwürfe und die meisten ausländischen Rechtsordnungen anschließen, einerseits die Möglichkeit des Zusammentreffens mehrerer Verbrechen in einer Handlung verneinen, bestreiten sie auf der anderen Seite nicht, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit habe, eine Strafdrohung erst an eine Mehrheit von Handlungen anzuknüpfen. Die Begriffe Verbrechenseinheit und Handlungseinheit müssen sich, wie Wachenfeld[9]) ausführt, keineswegs decken: es ist durchaus möglich, daß einem Verbrechen auch mehrere Handlungen zugrunde liegen.

Die Folgerung, die aus der Beurteilung der Idealkonkurrenz als Verbrechenseinheit gezogen werden müßte, geht dahin, daß das strengste Gesetz allein zur Anwendung kommt[10]). Dies wird jedoch fast

---

[8]) v. Liszt § 56 III.
[9]) Wachenfeld, Theorie, S. 95. vgl. auch v. Liszt § 55.
[10]) vgl. hier auch Bürk, Ueber das Wesen der Idealkonkurrenz, S. 28.

durchweg abgelehnt. Mit Ausnahme von Heinemann[11]), der Schuldigsprechung lediglich auf Grund des schwersten Gesetzes fordert, und von v. Liszt in den älteren Auflagen seines Lehrbuches gehen alle davon aus, daß sich § 73 lediglich auf die Strafdrohung bezieht, während die Schuldigsprechung im Urteilstenor wegen aller verletzten Gesetzesvorschriften erfolgen muß[12]). Unter jedem kriminalistischen Gesichtspunkt müsse das zur Aburteilung stehende Verbrechen gewürdigt werden[13]) und keineswegs gehe es an, die übrigen Rechtsverletzungen zu ignorieren, denn es mache einen Unterschied, ob das schwerste Gesetz allein übertreten sei, oder ob neben ihm noch andere verletzt seien. Dadurch unterscheide sich die wirkliche Gesetzeskonkurrenz, wie sie in der Idealkonkurrenz verkörpert sei, von der nur scheinbaren oder unechten Gesetzeskonkurrenz. Von besonders wichtiger praktischer Bedeutung sei diese Verurteilung für den Rückfall, denn wenn auch das Rückfalldelikt nicht das den Strafrahmen bestimmende gewesen sei, so bleibe es nichtsdestoweniger wahr, daß der Täter wegen einer Handlung, welche sich unter die Kategorie des betreffenden Rückfalldelikts subsumieren lasse, eben mit Rücksicht auf diese Subsumierbarkeit bestraft worden sei und das genüge, um die Möglichkeit eines Rückfalls zu begründen[14]). Es wird weiter nicht bestritten, daß im Urteil auf Nebenfolgen, soweit sie nicht als Strafe angesehen werden, wie z. B. Stellung unter Polizeiaufsicht, Einziehung, erkannt werden kann, wenn sie auch nur in einem der milderen Gesetze angedroht sind[15]). Manche Vertreter der Gesetzeskonkurrenz fordern sogar eine Ausdehnung dieses Grundsatzes auf die Nebenstrafen[16]), wobei sie allerdings zugeben, daß diese Ausdehnung mit dem Wortlaut des § 73 nicht vereinbar ist. In den Entwürfen[17]), die vor dem Jahre 1925 erschienen sind, waren ihre Bestrebungen von Erfolg gekrönt; denn diese lassen als Anhänger der Theorie der Gesetzeskonkurrenz eine Erkennung auf Nebenstrafen zu, wenn diese auch nur in einem der milderen Gesetze angedroht sind. Wachen-

[11]) Heinemann a. a. O. S. 89 ff. besonders S. 95.

[12]) vgl. v. Liszt § 56. — Wachenfeld, Lehrbuch, S. 266 ff.; Theorie, S. 79. — Hoepfner II S. 72 ff. — Baumgarten a. a. O. S. 96.

[13]) Baumgarten a. a. O. S. 96.

[14]) Baumgarten a. a. O. S. 96.

[15]) vgl. v. Liszt § 56 III. — Baumgarten a. a. O. S. 95.

[16]) Wachenfeld, Theorie S. 133.

[17]) vgl. VE. § 90 — GE. § 99 — KE. § 39 — E. 1919 § 200.

feld[18]) geht noch weiter und fordert auch bei der Festsetzung des Strafmaßes Berücksichtigung der übrigen verletzten Gesetze. —

Wenn wir die Idealkonkurrenz unter dem Abschnitt Verbrechensmehrheit behandeln, so haben wir durch diese systematische Anordnung schon zum Ausdruck gebracht, daß wir der Theorie von der Gesetzeskonkurrenz ablehnend gegenüberstehen. Der Wortlaut des § 73 scheint zwar die Richtigkeit derselben zunächst zu bejahen: betrachten wir jedoch die Ueberschrift des ganzen Abschnitts, so kommen wir bald zu der Erkenntnis, daß uns die Fassung des Gesetzestextes überhaupt nichts sagt[19]). Ohne Zweifel versteht der Gesetzgeber unter den mehreren strafbaren Handlungen, von denen er in der Ueberschrift spricht, die mehrfache Erfüllung von Gesetzestatbeständen, somit mehrere Verbrechen; da aber der § 73 gleichfalls unter dieser Ueberschrift behandelt wird, muß er sich auch unter dieselbe subsumieren lassen. Dem Willen des Gesetzgebers kann es nicht entsprechen, daß eine so wichtige Vorschrift, wie sie dieser Paragraph enthält, hinter den § 74 zurückzutreten hat und nur die Einleitung des Abschnittes darstellt[20]). Der Wortlaut des Gestzes kann sowohl von den Anhängern der Gesetzeskonkurrenz als den Anhängern der Verbrechenskonkurrenz als Zeuge herangezogen werden; er gibt uns keine Antwort auf die Frage, ob in der Idealkonkurrenz eine Verbrechenseinheit oder eine Verbrechensmehrheit verkörpert ist.

Die Gründe, die uns zur Ablehnung der Theorie der Gesetzeskonkurrenz zwingen, ergeben sich aus der Tatsache, daß es sich bei der Realkonkurrenz um eine mehrfache Realisierung von Gesetzestatbeständen und damit — wie wir oben ausgeführt haben — um eine Verbrechensmehrheit handelt. Dabei ist die Zahl der Handlungen, die diesen Gesetzesverletzungen zugrunde liegen, vollständig bedeutungslos. Eine Tatbestandsverwirklichung setzt stets eine Handlung voraus; es ist nicht einzusehen, warum aber eine Handlung nicht auch mehrere Tatbestände verwirklichen sollte. Die Anzahl der Verbrechen wird nicht durch die Anzahl der Handlungen bestimmt; maßgebend ist allein die Zahl der Tatbestandsverwirklichungen, und diese läßt auf eine Mehrheit von Verbrechen schließen. Die Idealkonkurrenz ist in Wirklichkeit Verbrechenskonkurrenz[21]).

---

[18]) Wachenfeld, Theorie, S. 77.

[19]) Die Motive lassen nicht erkennen, auf welcher Rechtsauffassung die Vorschrift des § 73 beruht (vgl. Entw. III zu einem Strafgesetzbuch f. d. Nordd. Bund, Motive S. 78).

[20]) Wachenfeld, Theorie, S. 71.

[21]) vgl. Frank § 73 II — Leipziger Kommentar, Vorb. z. 5. Ab-

Zu dem gleichen Ergebnis kommen auch Binding und v. Buri, obwohl der Aufbau ihrer Lehre ein anderer ist. Sie bestreiten in den Fällen der Idealkonkurrenz das Vorliegen nur einer Handlung und konstruieren mehrere Handlungen, die den mehreren Tatbestandsverwirklichungen zugrunde liegen. Die Idealkonkurrenz wird in die Realkonkurrenz umgewandelt. So sagt v. Buri[22]), jede Rechtsverletzung sei eine zum Abschluß gekommene Kausalität. Die nämliche Kausalität könne nun nicht mehrere Rechtsverletzungen enthalten, sondern hier seien auch mehrere Kausalitäten nötig. Eine Handlung mit mehreren Kausalitäten müsse als Mehrheit von Handlungen angesehen werden. Die ideelle Konkurrenz enthalte eine Mehrheit selbständiger Rechtsverletzungen, und somit bestehe kein wesentlicher Unterschied zwischen Ideal- und Realkonkurrenz. Buri stellt somit in Wirklichkeit darauf ab, ob sich die mehreren Verbrechen in getrennten äußeren Erfolgen darstellen oder nicht. Realkonkurrenz nimmt er nur im ersten Fall an, also wenn z. B. ein Schuß einen Menschen tötet und eine Sache beschädigt.

Nach der Ansicht von Binding[23]) kann eine Verbrechensmehrheit nie durch e i n e Handlung realisiert werden; die Zahl der Verbrechenstatbestände, die verwirklicht worden seien, — führt er aus — sei durch die Anzahl der Handlungen bestimmt. Wenn nun jedes Verbrechen selbständige Handlung ist und jeder verbrecherische Erfolg seiner eigenen Kausalität bedarf, so ist es doch durchaus möglich, daß die Ursachen verschiedener Erfolge sich, sei es in höherem, sei es in geringerem Grade, aber n i e g a n z aus identischen Bedingungen zusammensetzen. Gehe diese Identität der Bedingungen weit genug, so könne sie den Schein der Identität der Ursachen und der Einheit der sie setzenden Tätigkeit erwecken. So bringe das beliebte Beispiel der Idealkonkurrenz von Ehebruch und Incest keineswegs den Gegenbeweis gegen das Erfordernis der Mehrheit der Handlungen zur Mehrheit der Verbrechen; es liegen auch hier, fährt er fort, zwei scharf zu scheidende Handlungen und zwei ebenso scharf zu scheidende Ursachen verbrecherischer Erfolge vor. Oder wenn etwa durch eine Explosion ein Brand erregt und ein Mensch getötet werde, so seien die

schnitt — v. B a r, Gesetz und Schuld im Strafrecht, 3, S. 524 ff. — B e l i n g, Lehre vom Verbrechen, S. 321 — K o e h l e r, Deutsches Strafrecht, S. 357; Grenzlinien, S. 35 — P. M e r k e l „Konkurrenz" in „Vergleichende Darstellung des deutschen und des ausländischen Strafrechts", Allg. T. V, S. 321 — S t ü r e n b u r g a. a. O. S. 11 u. a.

[22]) v. B u r i, Ger. S. 31 S. 1, 108.

[23]) B i n d i n g, Handbuch, S. 566 ff.

Ursachen davon, daß ein Balken brenne und ein Mensch sterbe, fundamental verschiedene Ursachen fundamental verschiedener Erfolge und können sich also gar nicht aus genau denselben Bedingungen bilden.

In neuerer Zeit schlägt Coenders[24]) wieder einen anderen Weg ein, um den Beweis zu erbringen, daß in der Idealkonkurrenz eine Verbrechenskonkurrenz verkörpert ist. Er geht von der Gesetzesverletzung aus und behauptet, im Gegensatz zu den Anhängern der Theorie der Gesetzeskonkurrenz, daß sich die Anzahl der Handlungen nach der Anzahl der Tatbestandsverwirklichungen richte. Der Handlungsbegriff biete hier keine Schwierigkeiten, denn er sei auf Grund seiner vielseitigen Dehnbarkeit imstande, einer sonstigen Betrachtung als einheitlich erscheinende Geschehnisse, wenn die Beurteilung es erfordert, in Teile zu gliedern. Die im Leben herrschende Uebung des Urteilens und der Sprachgebrauch vertragen es sehr wohl, daß jede Gesetzesverletzung als eine strafbare Handlung angesehen wird[25]). —

Mit Recht werden die Vorschriften des § 73 auch auf die Fälle der gleichartigen Idealkonkurrenz, d. h. der wiederholten Verletzung desselben Tatbestandes durch eine und dieselbe Handlung ausgedehnt. Der Umstand, daß der Gesetzgeber in § 73 im Gegensatz zum § 74 ausdrücklich nur die ungleichartige Konkurrenz berücksichtigt, hat zu vielen Streitigkeiten Anlaß gegeben. Die Anhänger der Lehre von der Gesetzeskonkurrenz[26]) bestreiten, daß die gleichartige Idealkonkurrenz überhaupt Konkurrenz sei; Verbrechenskonkurrenz sei sie nicht, weil durch eine Handlung nicht mehrere Verbrechen begangen werden können; Gesetzeskonkurrenz sei sie nicht, weil nur ein Gesetz verletzt sei. Buri[27]) auf der anderen Seite nimmt auf Grund des Aufbaus seiner ganzen Lehre reale Konkurrenz an. Die gleichartige Idealkonkurrenz ist nur denkbar, wenn die Handlung mehrere reale Erfolge nach sich zieht, wenn also z. B. ein Schuß mehrere Menschen tötet; gerade in diesen Fällen aber spricht Buri von realem Zusammentreffen mehrerer Verbrechen, weil nach seiner Ansicht der Mehrheit

---

[24]) Coenders, Ueber die Idealkonkurrenz, S. 38 ff.; Strafrechtliche Grundbegriffe, S. 292 ff.

[25]) vgl. Coenders, Ueber die Idealkonkurrenz, S. 42.

[26]) vgl. v. Liszt § 34 III, § 56 I — Wachenfeld, Theorie, S. 57 — Beling a. a. O. S. 324; aber auch Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, S. 302 — Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, § 42, I, 1, c.

[27]) v. Buri a. a. O. S. 108; vgl. auch Schwarze Ger. S. 34, 588; Kärcher Ger. S. 36, 435; teilweise auch Ph. O. Mayer Ger. S. 74, 362.

von Erfolgen eine Mehrheit von Kausalitäten und damit auch eine Mehrheit von Handlungen zugrunde liegt. — In Wirklichkeit ist nicht einzusehen, weshalb Einheit oder Mehrheit der Verbrechen von der Gleichartigkeit oder Ungleichartigkeit der Erfolge abhängen soll; nimmt man dort Verbrechensmehrheit an, so muß man das folgerichtig auch hier tun [28]), wenn auch der Gesetzgeber eine solche Regelung nicht getroffen hat, sei es, weil er überhaupt nicht daran gedacht hat, sei es, weil er die Gleichbehandlung beider Formen als selbstverständlich angesehen hat [29]).

Die rechtliche Behandlung der Idealkonkurrenz erfolgt nach § 73 derartig, daß nur ein Gesetz zur Anwendung kommt und zwar dasjenige, welches die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten dasjenige, welches die schwerste Strafart androht. Es herrscht das Absorptionsprinzip, das Prinzip der Exklusivität des strengsten Gesetzes.

Lange hat es gedauert, bis dieses Prinzip sich seine dominierende Stellung errungen hat; keineswegs hat es diese von Anfang an innegehabt. Im römischen Recht galt auch bei dem idealen Zusammentreffen mehrerer Verbrechen das Kumulationsprinzip (quot delicta tot poenae). Ebenso wurde in den deutschen Volksrechten und auch zur Zeit der Rechtsbücher die Zahl der Strafen nach der Zahl der Erfolge bestimmt, wobei es bedeutungslos war, ob diese auf eine oder auf mehrere Handlungen zurückzuführen waren [30]); nur die Zahl der wahrnehmbaren Erfolge entschied über die Frage der Einheit oder Mehrheit der Verbrechen. Die italienischen Stadtrechte erkannten gleichfalls das Prinzip des römischen Rechts an. Während Bartolus noch derselben Ansicht huldigte, stellte sich mit dem Aufkommen der Leibes- und Lebensstrafen, besonders auch bei Julius Clarus, der Satz ein, daß mit der Strafe des schwereren Verbrechens auch die des leichteren getilgt sei (poena maior absorbet minorem). Das Absorptionsprinzip hat sich, gestützt auf die Carolina [31]), in der gemeinrechtlichen

[28]) vgl. Frank § 73 III, 3.

[29]) P. Merkel a. a. O. S. 292 — vgl. auch Olshausen Nr. 16 zu § 73 und die dort angeführte Literatur; in der neueren Gesetzgebung findet man nirgends mehr eine verschiedene Behandlung dieser beiden Arten der Idealkonkurrenz; anders war es z. B. im preußischen Landrecht II, Tit. 20, § 52 und § 57 und in der Theresiana in Art. XIV, § 2.

[30]) vgl. R. Schröder, Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, S. 381 — Schreuer, Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten, S. 13 ff.

[31]) vgl. C. C. C. Art. 108.

Praxis Geltung verschafft[32]), obwohl nicht bestritten werden kann, daß auch eine gewisse Berücksichtigung der milderen Strafgesetze mehr oder weniger verlangt wurde[33]). Dies zeigte sich in den späteren Rechtsordnungen, welche auch noch das Prinzip der Strafschärfung[34]), ja sogar der Strafhäufung kannten (so z. B. das preußische allg. Landrecht von 1794). —

Wir sehen zunächst davon ab, zu dieser rechtlichen Behandlung Stellung zu nehmen und im einzelnen die Gründe darzulegen, die uns zur Ablehnung des Absorptionsprinzips veranlassen: wir stellen vielmehr auf Grund der Tatsache, daß in der lex lata diese Regelung angeordnet ist, Untersuchungen darüber an, wie sich die Sanktionierung dieses Prinzips im einzelnen auswirkt.

Bestritten ist, ob sich die Exklusivität des strengsten Gesetzes lediglich auf die Bestrafung bezieht, oder ob auch die Schuldigsprechung nur auf Grund dieses Gesetzes zu erfolgen hat. Habermaas[35]) bejaht letzteres und kommt damit zu dem Ergebnis, daß durch das ideale Zusammentreffen mehrerer Delikte ein Schuldausschließungsgrund für die leichteren strafbaren Handlungen eingeführt wird. Dieses Ergebnis kann nicht befriedigen; es würde allen Grundsätzen der Gerechtigkeit, sowie dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, wenn bei einem Betrüger das Vorliegen der Rückfallsvoraussetzungen verneint wird, weil eine der diese Voraussetzungen begründenden betrügerischen Handlungen in Tateinheit mit einem Verbrechen der schweren Urkundenfälschung (§ 268) ausgeführt worden ist. Mit Recht stellt daher die herrschende Lehre[36]) die Forderung auf, daß der Angeklagte wegen eines jeden einzelnen der konkurrierenden Delikte zu verurteilen ist. Es ist zu begrüßen, daß sich auch die Anhänger der Theorie der Gesetzeskonkurrenz der herrschenden Meinung anschließen[37]), allerdings geben sie dadurch indirekt die Haltlosigkeit ihrer Lehre zu.

---

[32]) so bei Carpzov, Böhmer u. a.

[33]) vgl. die Ausführungen Coenders in „Ueber die Idealkonkurrenz", S. 61 ff.

[34]) so das bayrische Strafgesetzbuch von 1813, das württembergische von 1839 und das sächsische von 1838.

[35]) Habermaas, Die Ideale Konkurrenz der Delikte, S. 27; Heinemann a. a. O. S. 95 ff.

[36]) Frank § 73 V — Olshausen Nr. 24 b zu § 73 — Binding, Grundriß, S. 291 — Beling a. a. O. S. 307 — ebenso auch das Reichsgericht in 18, 193 und 27, 86.

[37]) vgl. v. Liszt § 56 — Wachenfeld, Theorie, S. 79; Lehrbuch, S. 266/7 — Baumgarten S. 96.

In erster Linie ist die Frage nach dem strengsten Gesetz von Bedeutung. Sie darf nicht verwechselt werden mit der anderen, welche der verwirkten Strafen die schwerste ist; maßgebend ist vielmehr die in abstracto angedrohte Strafe, wobei mildernde Umstände, die im Einzelfalle zugebilligt werden, nicht zu berücksichtigen sind [38]). Werden gleichartige Strafen angedroht, so ist das Gesetz mit dem höchsten Strafrahmen das strengste. Der Fall, daß alle Strafrahmen gleich sind, gibt zu keinen weiteren Erörterungen Anlaß. Zweifel entstehen nur, wenn der Strafrahmen des einen Gesetzes nach oben und nach unten hin über den des anderen hinausgeht. Nach der herrschenden Meinung [39]) kann in diesem Falle der Richter auf das Minimum des strengeren Gesetzes auch dann erkennen, wenn das Minimum des milderen Gesetzes höher ist: es soll also ein Angeklagter, der alle Tatbestandsmerkmale der falschen Versicherung an Eidesstatt erfüllt hat (§ 156), dadurch, daß er mit dieser Handlung in Tateinheit einen Betrug verübt hat, leichter bestraft werden, weil das Minimum des hier zur Anwendung kommenden Betrugstatbestandes niederer ist als das der falschen Versicherung an Eidesstatt. Obwohl die herrschende Ansicht im Gesetzestext, der unzweideutig das Prinzip der Exklusivität des strengsten Gesetzes sanktioniert, eine gewisse Stütze hat, muß auf der anderen Seite doch behauptet werden, daß das Ergebnis keineswegs befriedigend ist, und man muß Dohna [40]) rechtgeben, wenn er sagt, der Richter, welcher von der hier gewährten Befugnis Gebrauch mache, verstoße in unverantwortlicher Weise gegen den Geist des Gesetzes. In der Wissenschaft wurden zwecks Lösung dieses Problems verschiedene Wege eingeschlagen. Reiffel [41]) will dasjenige Gesetz, das das höhere Minimum aufweist, als das strengere anwenden, und in strenger Durchführung des Absorptionsprinzips verbietet er ein Hinausgehen über das Maximum des Gesetzes mit dem höheren Minimum: Trotz richtiger Erkenntnis ein unbilliges Ergebnis, denn es ist nicht einzusehen, warum ein Betrüger, der an sich mit Gefängnis bis zu fünf Jahren bestraft werden kann, daraus, daß er in Tateinheit mit dem Betrug noch eine falsche Versicherung an Eidesstatt abgegeben hat, einen Vorteil ziehen und nur mit Gefängnis bis zu drei Jahren

[38]) RG. 53, 48 — 54, 29 — vgl. auch Frank § 73, IV.

[39]) vgl. v. Liszt § 56 III — Koehler, Grenzlinien, S. 149 — Heinemann a. a. O. S. 97 — Wachenfeld, Theorie, S. 82 — vgl. auch RG. 8, 84 — 16, 301 — 39, 155.

[40]) Dohna, Reform, S. 415.

[41]) Reiffel, Ger. S. 39, 498 ff.

bestraft werden sollte. Wenn auf der anderen Seite Merkel[42]) in derartigen Fällen das strengste Gesetz nach dem arithmetischen Mittel zwischen Maximum und Minimum bestimmen will, so ist damit nichts erreicht, da im Ergebnis doch das eine oder das andere Gesetz zur Anwendung kommt und damit die alten Unbilligkeiten wieder auftreten. Die richtige Ansicht vertritt Frank: zwar bleibt das Strafgesetz mit dem höheren Maximum stets das strengere, der Richter aber darf nicht unter das Minimum des sonst milderen Gesetzes heruntergehen[43]); die Strafe muß sich somit zwischen dem höchsten Maximum und dem höchsten Minimum der konkurrierenden Delikte bewegen. Der Umstand, daß mit einem Verbrechen ein anderes Verbrechen ideal konkurriert, darf niemals strafmildernd wirken[44]).

Werden in den mehreren Gesetzen verschiedene Strafarten angedroht, so kommt nach dem Wortlaut des § 73 nur dasjenige zur Anwendung, welches die schwerste Strafart vorsieht. Die in Betracht kommenden Strafen stufen sich folgendermaßen ab: Todesstrafe, Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft, Haft, Geldstrafe. Die Höhe der angedrohten Strafen ist dabei nie zu berücksichtigen[45]); das Gesetz, das die schwerste Strafart androht, kommt allein zur Anwendung. Eine andere Ansicht vertritt hier Habermaas[46]); er will stets das in § 21 STGB. angeführte Verhältnis der Freiheitsstrafen in Erwägung ziehen, so daß also 19 Monate Festung als schwerere Strafe angesehen werden müßten als 12 Monate Gefängnis, während noch 18 Monate Gefängnis gleichartig wären. Ein beachtenswerter Vorschlag de lege ferenda[47]), aber mit dem geltenden Recht ist er nicht vereinbar, und Habermaas gibt selbst zu, daß dieser Auslegung des Ausdrucks „schwerste Strafart" vom sprachlich-grammatikalischen Standpunkt aus erhebliche Bedenken entgegenstehen. Ein Tag Gefängnis muß vorerst noch als eine schwerere Strafe betrachtet werden als der Höchstbetrag der Festungs-

[42]) A. Merkel in Holtzend. Handb. Bd. 2, S. 583 ff. — vgl. auch Baumgarten a. a. O. S. 93 ff.

[43]) Frank § 73, IV, 1 — Leipziger Komm. § 73 Note 3 — Olshausen Nr. 35 zu § 73 — Wachenfeld, Lehrbuch, S. 266 — Stürenburg a. a. O. S. 34 f. — Finger a. a. O. S. 540 — leider vertritt Olshausen in der neuesten Auflage seines Kommentars die entgegengesetzte Ansicht.

[44]) In Bd. 3, S. 390 hat das Reichsgericht gleichfalls diese Ansicht vertreten.

[45]) Olshausen Nr. 27 zu § 73 — Frank § 73, IV, 2 — Allfeld a. a. O. § 62, IV — Schwarze Ger. S. 34, 596.

[46]) Habermaas a. a. O. S. 34 ff.

[47]) vgl. auch Dohna a. a. O. S. 415 und Stürenburg a. a. O. S. 43.

haft und nur bei der Strafzumessung kann hier einigermaßen ein Ausgleich geschaffen werden.

Nebenstrafen, wie Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte (§ 32/37), der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter (§§ 35, 128, 129, 358), der bekleideten Aemter und der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte (§§ 81, 83, 84, 87, 91), sowie Einziehung und Unbrauchbarmachung (§§ 40, 41 — soweit sie nicht Sicherungsmaßregeln darstellen), kommen bei der Frage nach der schwersten Strafdrohung nicht in Betracht, denn das Gesetz gibt keinerlei Anhaltspunkte, wie sie berücksichtigt und der Hauptstrafe angerechnet werden sollen. Eine Rolle spielen sie nur insofern, als sie bei Gleichheit der Strafmaxima dasjenige Gesetz, das neben der Hauptstrafe noch eine Nebenstrafe androht, zu einem schwereren stempeln [48]). Ebenso muß die Frage, ob die in der milderen Strafdrohung enthaltenen Nebenstrafen neben der Hauptstrafe des schwersten Gesetzes verhängt werden dürfen, nach dem Gesetzeswortlaut trotz des unbilligen Ergebnisses verneint werden; die Nebenstrafen sind echte Strafen, und es würde dem Prinzip der Exklusivität widersprechen, wenn man mit der schwereren Hauptstrafe eine Nebenstrafe verbinden würde, die nur neben der milderen Hauptstrafe angedroht ist [49]).

Ist eines der ideal konkurrierenden Delikte im Stadium des Versuchs stehen geblieben, so ist bei der Vergleichung der Strafdrohungen der nach § 44 gemilderte Strafrahmen zugrunde zu legen; dasselbe gilt, wenn Beihilfe zu einem Verbrechen ideal konkurriert mit Täterschaft eines anderen [50]).

Eine strenge Auslegung des § 73 würde die Exklusivität des strengsten Gesetzes auch insofern verlangen, als auf gewisse Nebenfolgen, wie polizeiliche Sicherungsmaßregeln (Zulässigkeit von Polizeiaufsicht, Ueberweisung an die Landespolizeibehörde, Einziehung, Unbrauchbarmachung), sowie auf gewisse Rechte, die auf seiten des Verletzten begründet werden (das Recht auf Buße oder auf Veröffentlichung des Strafurteils), nicht erkannt werden dürfte, wenn diese nur in dem milderen Gesetz angedroht sind. Mit Recht geht jedoch die herrschende Lehre davon aus, daß sich das Prinzip der Exklusivität nur auf die Strafe und nicht auf andere Deliktsfolgen bezieht [51]); diese Neben-

[48]) RG. 51, 327.

[49]) Olshausen Nr. 31 zu § 73 — Frank § 73, V — RG. 4, 218 — 5, 420 — 6, 180 — 10, 206 — 53, 291 — 57, 178 — 60, 285.

[50]) Leipziger Komm. § 73 Note 3; vgl. auch RG. 51, 327 — 53, 47.

[51]) vgl. v. Liszt § 56, III — Wachenfeld, Lehrbuch, S. 267 — Hoepfner I, S. 77 — Frank § 73, VI, 2 — Olshausen Nr. 32 zu

folgen dürfen daher angeordnet werden, ohne daß sie in der strengsten Strafdrohung enthalten sind.

Auch in anderen Fällen kann trotz idealen Zusammentreffens das die mildere Strafdrohung enthaltende Gesetz zur Anwendung kommen. So ist es möglich, daß ein Schuld- oder Strafausschließungsgrund der Subsumtion eines rechtswidrigen Verhaltens unter das schwerste Strafgesetz entgegensteht, während die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der leichteren Strafdrohungen ohne Ausnahme erfüllt sind: bei einem Jugendlichen wird z. B. die Fähigkeit, das Ungesetzliche seiner Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen, bezüglich des schwereren Verbrechens verneint und bezüglich des leichteren Verbrechens bejaht; der Täter befand sich über Tatumstände des schwereren Verbrechens im Irrtum (§ 59). Auch fehlende Prozeßvoraussetzungen können die Anwendung des schwereren Gesetzes ausschließen und eine Bestrafung lediglich auf Grund der milderen Gesetze herbeiführen: bei zwei ideal konkurrierenden Delikten, von denen das schwerere nur auf Antrag zu verfolgen ist, entfällt bei fehlendem Antrag die Strafbarkeit auf Grund des strengeren Gesetzes, und nur die milderen Gesetze kommen zur Anwendung[52]). Mit Recht spricht Stürenburg[53]) von einer Ueberspannung des Exklusivitätsprinzips, wenn Hälschner[54]) die Anwendung der leichteren Rechtsnorm aus dem Grunde verneint, weil § 73 die Bestrafung nach dem strengsten Gesetz fordert. — Ist eines der verschiedenen Delikte bereits verjährt, so fällt die Schuldigsprechung weg.

Innerhalb des so gefundenen Rahmens hat der Richter die Strafe im Einzelfalle festzusetzen. Bei der Beantwortung der Frage, ob er dabei auch auf das Minimum des strengsten Gesetzes erkennen darf, behaupten manche Schriftsteller[55]), die milderen Gesetze seien immer insofern zu berücksichtigen, als aus ihnen eine obligatorische Straferhöhung zu entnehmen sei. Leider finden sich jedoch in unserem geltenden Recht keinerlei Anhaltspunkte, die diese Erhöhung recht-

---

§ 73 — vgl. auch hinsichtlich der Buße RG. 12, 223; hinsichtlich der nicht als Strafe anzusehenden Einziehung RG. 46, 132; 53, 91 (a. M. allerdings hinsichtlich der Publikationsbefugnis RG. 4, 218; 53, 291).

[52]) Frank § 73, VI, 1 — Olshausen Nr. 24 zu § 73 — vgl. auch RG. 18, 273 — 33, 339 — 46, 45.

[53]) Stürenburg a. a. O. S. 54.

[54]) Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, S. 685; vgl. auch A. Merkel in Holtzend. Handb. IV, 230.

[55]) Hälschner a. a. O. S. 686 — Meyer, Ger. S. 33, 141 — Schwarze, Ger. S. 34, 582 ff. — Schütze, Z.St.W. 3 S. 87 — Bünger, Z.St.W. 8 S. 702.

fertigen würden. Da man annehmen muß, daß der Gesetzgeber bei einem solchen Eingriff in den freien Herrschaftsbereich des Richters irgendwelche Vorschriften erlassen hätte, diese aber fehlen, so ergibt sich daraus, daß der Richter bei der Strafzumessung keineswegs gebunden ist und folglich auch auf das Minimum des strengsten Gesetzes erkennen darf[56]). Dennoch wird er von diesem Recht selten Gebrauch machen; er wird vielmehr trotz des Absorptionsprinzips die Höhe der Strafe stets so bemessen, daß sie eine angemessene Sühne für mehrere Verbrechen darstellt[57]). Unsere relativ bestimmten Strafdrohungen ermöglichen ihm das; nur in besonders schweren Fällen, bei denen schon wegen eines Verbrechens auf das Maximum des strengsten Gesetzes erkannt werden muß, können die leichteren Delikte bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden.

Bei den bisherigen Betrachtungen sind wir stets davon ausgegangen, daß die mehreren Delikte gleichzeitig zur Aburteilung kommen. Fraglich ist es, ob ideal konkurrierende Delikte auch nacheinander abgeurteilt werden können, ob — mit anderen Worten — eine und dieselbe Handlung nach rechtskräftiger Aburteilung in einem neuen Prozeß unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte gewürdigt werden kann. Diese Frage taucht auf, wenn z. B. bei der ersten Entscheidung eine Subsumtionsmöglichkeit übersehen wurde, oder wenn bei einem ideal konkurrierenden Antragsdelikt der Antrag erst nach erfolgter Aburteilung gestellt wurde. — Unter Hinweis auf den im Strafprozeß geltenden Grundsatz „ne bis in idem" verneint die herrschende Lehre[58]) diese Frage. Wir teilen diese Ansicht, wenn das neue, zur Aburteilung kommende Verbrechen einer milderen Bestrafung unterliegt, da ja die leichtere Strafdrohung ohnedies durch die strengere absorbiert worden wäre. Mit Recht dagegen verlangt Binding[59]) bei den Antragsdelikten unter der Voraussetzung, daß das erst später zur Anwendung kommende Strafgesetz ein strengeres ist, eine weitere Aburteilung, wobei die nach dem ersten Urteil verbüßte Strafe auf die erkannte neue Strafe voll anzurechnen ist[60]). Eine

[56]) vgl. v. Liszt § 56, III: „Das mildere Gesetz ist bei der Strafzumessung in keiner Weise zu berücksichtigen".

[57]) Binding, Grundriß, S. 291 — Wachenfeld, Lehrbuch, S. 266 — Heinemann a. a. O. S. 97 — Habermaas a. a. O. S. 28 — vgl. auch Leipziger Komm. § 73 Note 3.

[58]) vgl. Heinemann a. a. O. S. 98 ff. — Habermaas a. a. O. S. 36 ff. — A. Merkel in Holtzend. Handb. IV, S. 230 ff.

[59]) Binding, Handbuch, S. 634.

[60]) Kohlrausch („Zur prozessualen Behandlung der Idealkonkurrenz", S. 52 ff.) bejaht die Möglichkeit einer weiteren Aburteilung,

Ausdehnung dieses Grundsatzes auf die Rückfallsdelikte dürfte sich empfehlen. — — —

Die Lösung der bei der Idealkonkurrenz in erdrückend großer Anzahl auftauchenden Probleme wurde von den verschiedensten Seiten aus in Angriff genommen. Dennoch war das Ergebnis immer dasselbe: es handelt sich hier um eine wirkliche Verletzung mehrerer Strafgesetze; dadurch unterscheidet sich die Idealkonkurrenz von der Gesetzeskonkurrenz, bei der zwar scheinbar mehrere Gesetze verletzt sind, in Wirklichkeit jedoch der Tatbestand des einen Gesetzes hinter den des anderen zurücktritt.

Insofern kann man auch Dohna[61]) zustimmen, wenn er den so viel besprochenen Problemen jede sachliche Bedeutung abspricht. Für den Gesetzgeber kann nur das Ergebnis wissenschaftlicher Erörterungen, nicht die Begründung dieses Ergebnisses maßgebend sein; hier mag der scholastische Kampf der Theorien und Meinungen weitertoben, jener Streit, der nur akademische Bedeutung hat.

Die logische Konsequenz, die sich aus der mehrfachen Verletzung von Gesetzestatbeständen ergibt, liegt auf der Hand, wird jedoch nicht gezogen: Der Gesetzgeber sanktioniert das Absorptionsprinzip. Die mehreren Gesetze werden bei der Beurteilung und Bestrafung nicht herangezogen; nur das strengste Gesetz kommt zur Anwendung, und die aus diesem Gesetz entlehnte Strafe sühnt sämtliche übrigen Delikte. Der blutschänderische Ehebrecher, der sein Opfer durch Gewalt zur Duldung des Beischlafs genötigt hat, wird nur wegen Notzucht bestraft, während Ehebruch und Blutschande bei der Bestrafung unberücksichtigt bleiben.

Zu dieser Regelung kann den Gesetzgeber nur die Tatsache veranlaßt haben, daß die Tatbestände der mehreren Strafgesetze „durch eine und dieselbe Handlung" verwirklicht werden. Dieser einheitlichen Tätigkeit schreibt er eine solch überragende Bedeutung zu, daß er die Idealkonkurrenz ebenso behandelt wie die Gesetzeskonkurrenz. Die Antwort auf die Frage, ob diese Parallelregelung berechtigt ist, kann nur verneinend ausfallen; der Umstand, daß die verschiedenen Gesetzesverletzungen in tatsächlicher Hinsicht eine Einheit bilden, begründet nicht die Außerachtlassung des „Mehr"[62]) an Schuld, das der Täter ideal konkurrierender Delikte auf sich geladen

---

wenn das neue Verbrechen aus tatsächlichen Gründen bei der ersten Entscheidung nicht berücksichtigt werden konnte.

[61]) Dohna a. a. O. S. 416.

[62]) Coenders, Idealkonkurrenz, S. 14.

hat. Der Unterschied zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz muß beachtet werden. Der Gerechtigkeit entspricht es, daß derjenige, welcher eine schwere Urkundenfälschung (§§ 267, 268) in Tateinheit mit einem Betrug begeht (§ 263), nicht nur wegen schwerer Urkundenfälschung, sondern auch wegen Betrugs bestraft wird. Stets bleibt ein gewisser Ueberschuß an Schuld ungesühnt, wenn ein Verhalten, das mehrere Gesetze verletzt, unter nur einen Tatbestand gepresst wird.

Aus den besonderen Bestimmungen über das „Zusammentreffen", die wir in manchen Steuergesetzen [63]) finden, läßt sich schließen, daß der Gesetzgeber selbst die Regelung in der lex lata nicht mehr völlig billigt. Bestimmend war für ihn bei diesen Anordnungen die Absicht, dem Täter die Möglichkeit zu entziehen, sich durch eine mit dem Steuerdelikt ideal konkurrierende andere strafbare Handlung, die vielleicht nur mit einer kurzen Freiheitsstrafe, also einer schwereren Strafart, bedroht ist, Befreiung von der oft nicht unerheblichen Geldstrafe zu verschaffen. Eine ähnliche Vorschrift finden wir in § 276 StGB., wo bei wiederholter Verwendung von Wertzeichen neben der aus dem Strafgesetz sich ergebenden Strafe ohne Rücksicht auf § 73 StGB. auch auf die Defraudationsstrafe erkannt werden kann [64]).

Auch diejenigen, die grundsätzlich die Regelung der Idealkonkurrenz im geltenden Recht billigen, können einzelnen Aenderungen und Neuerungen nicht ablehnend gegenüberstehen. So ist die Bestimmung, daß sich die Schwere einer Strafdrohung in erster Linie nach der Strafart richtet, dringend reformbedürftig; vorzuziehen ist hier die von Habermaas vorgeschlagene Regelung, nach der zunächst die Umrechnung der leichteren Strafart in die schwerere nach Maßgabe des gesetzlichen Wertverhältnisses stattzufinden hat und dann erst die mehreren Strafrahmen miteinander zu vergleichen sind [65]). — Als eine unbillige Beschränkung des Richters muß es empfunden werden, daß er zwar auf Nebenfolgen, nicht dagegen auf Nebenstrafen erkennen darf, wenn sie nur in einem der milderen Gesetze angedroht sind. Mit Recht sagt hier Coenders [66]), es bedeute in solchen Fällen für den Verbrecher unter Umständen geradezu einen Vorzug, ja nicht selten ein besonderes Glück, wenn er zugleich noch gegen ein strengeres Gesetz verstoßen habe, das die betreffende Nebenstrafe nicht kennt. —

[63]) vgl. Reichsabgabenordnung § 383 — Vereinszollgesetz § 135 — Weinsteuergesetz § 37 — Tabaksteuergesetz § 77.
[64]) vgl. RG. 37, 152.
[65]) vgl. auch Dohna a. a. O. S. 415.
[66]) Coenders, Idealkonkurrenz, S. 9.

Weiter ist dringend erforderlich, daß der Gesetzgeber in den Fällen, in denen das mildere Gesetz ein höheres Minimum aufweist als das strengere, durch besondere Bestimmungen anordnet, daß der Strafrahmen nach unten hin durch das höchste Minimum der verletzten Gesetze begrenzt ist; nur dadurch wird es vermieden, daß „ein Delinquent sich die Möglichkeit einer milderen Bestrafung dadurch sichern kann, daß er außer gegen das mildere auch noch gegen ein strengeres Gesetz verstößt“ [67]).

Nach Ablehnung der unzulänglichen Regelung im geltenden Recht handelt es sich darum, eine Lösung zu finden, die dem kriminellen Gehalt der Idealkonkurrenz am meisten entspricht. Hier hilft uns die Theorie der Verbrechenskonkurrenz; nicht ohne Grund war es daher dennoch nötig, eine besondere Stellung in dem Kampf der Meinungen einzunehmen. Wir müssen uns daran erinnern, daß wir die Idealkonkurrenz mit der herrschenden Lehre als Verbrechenskonkurrenz und damit als Verbrechensmehrheit betrachtet haben: in voller Realität sind sämtliche Tatbestandsmerkmale der einzelnen Delikte verwirklicht. Mit logischer Notwendigkeit ergibt sich aus der Zahl der begangenen Verbrechen die Zahl der auszusprechenden Strafen: „quot crimina tot poenae“ [68]). Die Fälle der Idealkonkurrenz dürfen keine andere Behandlung erfahren als die Fälle der Realkonkurrenz. Sämtliche verletzten Gesetze müssen berücksichtigt werden; ohne Bedeutung ist es, wenn sich die Gesetzesverletzungen in tatsächlicher Hinsicht zu einer Einheit verschmelzen. Schon frühzeitig hat Binding [69]) ausgeführt, daß größere Körperkraft, größere Geschicklichkeit zur Idealkonkurrenz greife, weil sie durch e i n e Handlung so viel auszurichten wisse, wie geringere Kraft und geringere Geschicklichkeit durch mehrere. „Gerade jene Häufung der Verbrechen in einem Tatakt kann umgekehrt“ — fährt er fort — „eine kaum übersteigbare verbrecherische Verwegenheit verbunden mit raffiniertester Ueberlegenheit beweisen, während das zeitliche Auseinandertreten der Taten zu zeigen vermag, daß der Schuldige nur zögernd, mit innerem Widerstreben, das nur durch jeweilige starke Anreize überwunden worden ist, die Bahn des Verbrechens betreten hat“. Wenn Binding bei dieser Beurteilung der Idealkonkurrenz vielleicht auch etwas zu weit geht [70]),

---

[67]) D o h n a a. a. O. S. 415.

[68]) vgl. lex 7 § 5 Dig. de accusationibus 48, 2 — lex 2 pr. Dig. de privatis delictis 47, 1 — lex 9 Cod. de accusationibus 9, 2.

[69]) B i n d i n g, Handbuch, S. 576.

[70]) D o h n a a. a. O. S. 413.

so ist es doch sein großes Verdienst, als einer der Ersten mit markanten Worten die Gleichbehandlung beider Konkurrenzarten gefordert zu haben. — Bei der Behandlung der Realkonkurrenz ist auf das Strafsystem näher einzugehen; dort sind die Gründe anzuführen, die eine reine Durchführung des römischen Kumulationsprinzips verbieten und zur Anwendung des Asperationsprinzips führen.

Durch die Gleichbehandlung von Ideal- und Realkonkurrenz wird nicht nur der Gerechtigkeit zum Siege verholfen, sondern es erübrigen sich auch die mannigfachen, mit so vielen Schwierigkeiten verknüpften Erörterungen über die Begriffe Handlungseinheit und Handlungsmehrheit, die trotz der beinahe nicht übersehbaren Literatur wegen der Dehnbarkeit und Vielseitigkeit des Handlungsbegriffs kaum zu einem allen Fällen gerecht werdenden Ergebnis führen. Neben diesen Schwierigkeiten sachlicher Natur möge auch auf die Erleichterungen in der praktischen Anwendbarkeit des Gesetzes hingewiesen werden, die sich aus der vorgeschlagenen Vereinfachung ergeben. Was ist nicht schon für eine Menge von Scharfsinn aufgewendet worden, um zweifelhafte Fälle unter den Begriff der Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit zu subsumieren; Untersuchungen, die, wie Coenders[71]) mit Recht anführt, zu den schwierigsten gehören bei dem Zustand, der gegenwärtig in Literatur und Rechtsprechung in diesem Punkte herrscht. Ohne daß der sachlichen Beurteilung gedient wäre, werden rein formale Untersuchungen angestellt, wobei das Ergebnis oft keineswegs einleuchtend erscheint. Erinnert sei hier nur an die mannigfachen Versuche, Fälle, bei denen es sich zweifellos um Idealkonkurrenz handelt, des unbefriedigenden Ergebnisses wegen in solche der Realkonkurrenz umzudeuten. So versucht v. Buri[72]) die Tötung mehrerer Menschen durch einen Schuß als Realkonkurrenz zu konstruieren; so sieht das Reichsgericht[73]) die Anstiftung oder Beihilfe durch e i n e Handlung zu mehreren Verbrechen trotz der Einheitlichkeit der Teilnahmehandlungen als Realkonkurrenz an, und mehrere schriftliche Gedankenäußerungen sollen trotz Einheitlichkeit der Erklärung im Verhältnis der Realkonkurrenz stehen[74]).

In richtiger Erkenntnis der Tatsache, daß die gegenwärtige Regelung der Idealkonkurrenz den Bedürfnissen der Gerechtigkeit und auch

[71]) C o e n d e r s, Idealkonkurrenz, S. 11.
[72]) v. B u r i a. a. O. S. 3.
[73]) RG. 5, 227 — 8, 153 — 38, 26 — 57, 334 — vgl. auch B i n d i n g, Handbuch, S. 586.
[74]) RG. 21, 276 — 33, 46 — 34, 143.

der Praxis nicht genügt, fordern manche Schriftsteller[75]) unter grundsätzlicher Beibehaltung des Absorptionsprinzips, daß dem Richter die Befugnis gegeben werde, über das Maximum des strengsten Gesetzes hinauszugehen. Sollten damit die Fälle der Idealkonkurrenz in verschiedene Gruppen eingeteilt werden, so können wir diese Forderung nicht billigen; der Ueberschuß an Schuld gegenüber der einmaligen Verletzung eines Gesetzes ist immer vorhanden, und es kann daher bei der rechtlichen Beurteilung nur eine gleiche Behandlung in Frage kommen. „Verfehlt und innerlich unberechtigt"[76]) ist das Absorptionsprinzip nie imstande, eine Handlung nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen.

3. Die Realkonkurrenz.

Die Realkonkurrenz, die bei den kritischen Betrachtungen am Schlusse des letzten Abschnittes mehrmals erwähnt wurde, setzt ebenso wie die Idealkonkurrenz Einheit des Täters voraus. Sie unterscheidet sich aber von dieser dadurch, daß die mehreren Gesetzesverletzungen vollständig selbständig nebeneinander stehen. Mehrere Handlungen verwirklichen mehrere Gesetzestatbestände; unzweideutig geht aus dem Wortlaut des § 74 hervor, daß mehrere Verbrechen vorliegen, und niemand bestreitet diese Tatsache. In Konkurrenz treten die mehreren Verbrechen dadurch, daß sie einheitlich miteinander abgeurteilt werden. oder doch abgeurteilt werden könnten.

Ungleichartige und gleichartige Realkonkurrenz erfahren eine völlig gleiche Behandlung; dies ergibt sich hier aus dem Gesetzestext, so daß sich im Gegensatz zur Idealkonkurrenz schwierige theoretische Untersuchungen erübrigen. Auch sonst enthebt uns das Wesen der Realkonkurrenz der Mühe, uns mit einer Fülle ungelöster Probleme zu befassen, wie das bei der Idealkonkurrenz der Fall war; wir können uns daher sogleich dem Strafsystem des geltenden Rechts zuwenden.

Grundsätzlich werden die Fälle der Realkonkurrenz nach dem Kumulationsprinzip behandelt, d. h. die verwirkten Einzelstrafen werden im Urteil gehäuft nebeneinander ausgesprochen (quot delicta tot poenae). In vielen Fällen führt jedoch die uneingeschränkte Durchführung dieses Prinzips zu unerträglichen Ergebnissen. Ganz abgesehen von der tatsächlichen Unmöglichkeit, mehrere Todesstrafen oder mehrere lebenslängliche Freiheitsstrafen am gleichen Täter anders als

---

[75]) vgl. Dohna a. a. O. S. 414 — P. Merkel a. a. O. S. 406 — Koehler, Reform, S. 53; Studien, S. 38 ff.

[76]) Leipziger Komm. § 73 Note 3.

bildlich zu vollstrecken, bringt auch die unverminderte Häufung mehrerer zeitiger Freiheitsstrafen Härten mit sich, die dem Zweck der Strafe widersprechen. Die mit einer ununterbrochenen Verbüßung der Freiheitsstrafe verbundenen Leiden wachsen je nach der kürzeren oder längeren Dauer der Strafe „nicht in arithmetischer, sondern in geometrischer Progression“ [1]), so daß eine Bestrafung über das Maß der Schuld hinaus eintritt. Ja unter Umständen kann — wie v. Buri ausführt — eine allzulange Freiheitsentziehung abstumpfend wirken; das damit „verbundene Absterben der Empfindlichkeit“ gegen die Strafe, „die durch sie also verursachte Depression der Geisteskräfte“ muß so als schweres Uebel bezeichnet werden, welches dem Verbrecher durch die lange Freiheitsentziehung zugefügt wird [2]). Das Gegenteil des mit der Strafe verfolgten Zwecks wird erreicht. Eine Unterbrechung der Freiheitsstrafe durch kürzere oder längere Pausen bringt keine Milderung der Härten, denn stets hindert das Bewußtsein des Verbrechers, wieder eingezogen zu werden, ihn an einer vollen Entfaltung seiner körperlichen und geistigen Kräfte [3]). Sind die Freiheitsstrafen von längerer Dauer, so zeigt sich auch hier die Unmöglichkeit der schrankenlosen Durchführung des Kumulationsprinzips, denn die einzelnen Strafen können nicht in vollem Umfang nacheinander vollstreckt werden, ohne daß sie ihre Eigenart verlieren, d. h. aus zeitigen Freiheitsstrafen sich in eine lebenslängliche umwandeln. So kommen wir zu der Forderung „einer Milderung des Grundsatzes der Häufung“ [4]), die dort am Platze ist, wo die Häufung zu Unbilligkeiten führt. Diese Milderung läßt sich dadurch herbeiführen, daß die einzelnen Strafen nicht nacheinander, sondern gleichzeitig vollzogen werden. Es wird eine Gesamtstrafe gebildet, die in einer Schärfung der schwersten verwirkten Einzelstrafe besteht. Das Asperationsprinzip kommt zur Anwendung (poena maior cum asperatione).

Ausgangspunkt bilden also hier die konkreten Einzelstrafen. Für jedes Verbrechen wird die verwirkte Strafe gesondert festgestellt, ohne Rücksicht auf die übrigen Verbrechen. Untersuchungen über den Einfluß des Antragsrechts, der Schuld- und Strafausschließungsgründe, über die Zubilligung mildernder Umstände werden nur bei der Feststellung der Einzelstrafen angestellt. Auf ihnen baut sich die Gesamtstrafe auf.

[1]) v. Buri a. a. O. S. 69 ff., insbesondere S. 72.
[2]) vgl. auch v. Liszt a. a. O. § 73, I — M. E. Mayer a. a. O. S. 517 — Frank § 74, II u. a.
[3]) v. Buri a. a. O. S. 73.
[4]) v. Liszt § 73, I.

Ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung zeigt uns, daß im römischen Recht das Kumulationsprinzip galt. Auch im alten deutschen Recht wurde es rein durchgeführt, um dann in den italienischen Stadtrechten bis zur Unmöglichkeit angewendet zu werden. Mit dem Aufkommen der Lebens- und Leibesstrafen wurde dieses Strafsystem durch das Absorptionsprinzip verdrängt; besonders Carpzov[5]) setzte sich für letzteres ein. Erst als die Freiheitsstrafen sich Bahn gebrochen hatten, kam auch das Asperationsprinzip zur Anwendung, obwohl der Kumulationsgedanke noch sehr verteidigt wurde. So konnte sich insbesondere Feuerbach[6]) nicht von dem Gedanken trennen, daß die Zahl der Strafen sich nach der Zahl der verletzten Gesetze richte. In den neueren Gesetzen zeigen sich große Verschiedenheiten. Das österreichische Strafgesetzbuch von 1852 sanktionierte das Absorptionsprinzip; das bayrische Gesetz von 1813 und das preußische von 1851 bekannten sich zum Kumulationsprinzip, während andere Gesetzbücher[7]) die Anwendung des Asperationsprinzips vorschrieben.

Im geltenden Recht findet das Asperationsprinzip nur Anwendung, wenn mehrere zeitige Freiheitsstrafen wegen mehrerer Verbrechen oder Vergehen verwirkt sind (§ 74). Jedoch bestehen auch hier insofern Ausnahmen, als beim Zusammentreffen von Gefängnis mit Festungshaft und beim Zusammentreffen von Haft mit einer anderen Freiheitsstrafe besondere Bestimmungen gelten (§§ 73, 77). Zur Bildung einer Gesamtstrafe kommt es somit nur, wenn Zuchthaus mit Zuchthaus, Gefängnis oder Festungshaft, wenn Gefängnis mit Gefängnis, oder wenn Festungshaft mit Festungshaft zusammentrifft.

Die Gesamtstrafe besteht in einer Erhöhung der schwersten Einzelstrafe, so daß sich als Minimum des Strafrahmens bei gleichartigen Strafen die höchste verwirkte Einzelstrafe (Einsatzstrafe), vermehrt um eine Einheit der Strafart (Zusatzstrafe), ergibt. Gehören die Einzelstrafen verschiedenen Strafarten an, so tritt die Erhöhung bei der ihrer Art nach schwersten Strafe ein. Ohne Bedeutung für die Zusatzstrafe ist die Anzahl der konkurrierenden Verbrechen[8]).

Nach oben hin ist der Strafrahmen insofern begrenzt, als die Gesamtstrafe die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen darf. Zwecks Feststellung dieser Summe hat bei ungleichartigen Strafen eine Um-

---

[5]) Practica nova rerum criminalium, pars III, quaestio 132 u. 7 ff.
[6]) Feuerbach: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Bd. I, 1799, S. 338 ff.
[7]) Württemb. StGB. von 1839 — Badisches StGB. von 1845 — Sächsisches StGB. von 1855 und 1868.
[8]) vgl. auch Reiffel, Ger. S. 40, 217 ff.

wandlung der leichteren Strafart in die schwerere den Vorschriften des § 21 entsprechend stattzufinden; die Summe der so gefundenen Strafen bildet die Obergrenze des Strafrahmens. Dabei bleibt die Einsatzstrafe stets dieselbe, auch wenn nach erfolgter Umwandlung eine andere Einzelstrafe von längerer Dauer ist. Wenn also beispielsweise ein Jahr Zuchthaus und drei Jahre Gefängnis verwirkt sind, so bleibt das eine Jahr Zuchthaus Einsatzstrafe, obwohl die drei Jahre Gefängnis einer Zuchthausstrafe von zwei Jahren entsprechen; die Gesamtstrafe kann somit auf ein Jahr und einen Monat Zuchthaus lauten [9]). Das Beispiel zeigt, wie verfehlt es auch bei realem Zusammentreffen ist, daß die schwerste Strafart ohne Rücksicht auf die übrigen Einzelstrafen als die schwerste Strafe angesehen wird. — Daneben ist das Höchstmaß der Gesamtstrafe noch absolut begrenzt: sie darf fünfzehn Jahre Zuchthaus oder Festungshaft und zehn Jahre Gefängnis nicht übersteigen.

Betrachten wir nun Ober- und Untergrenze des Strafrahmens, so überrascht uns der weite Spielraum, der dem richterlichen Ermessen bei dieser Regelung überlassen ist. Steht es dem Richter doch frei, auf eine Gesamtstrafe zu erkennen, die einerseits nahe an die Anwendung des Absorptionsprinzips heranreicht und andererseits auch beinahe eine Häufung der verschiedenen Einzelstrafen darstellen kann. Der Zweck des Asperationsprinzips, Beseitigung der Härten reiner Kumulation, bleibt vollständig unbeachtet, wenn man bedenkt, daß aus den drei Einzelstrafen von einem Jahr Zuchthaus, fünf Jahren Gefängnis und fünfzehn Jahren Festungshaft eine Gesamtstrafe von einem Jahr und einem Monat Zuchthaus gebildet werden kann. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß der Richter die Möglichkeit und damit auch die Pflicht hat, bei der Bemessung der Strafe auf die einzelnen Verbrechen Rücksicht zu nehmen, die Beziehungen, die zwischen ihnen bestehen, zu würdigen und so das richtige und gerechte Strafmaß zu finden.

Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte kann neben der Gesamtstrafe ausgesprochen werden, wenn sie neben einer Einzelstrafe zulässig ist; sie muß angeordnet werden, wenn sie bei einer Einzelstrafe verlangt wird (§ 76 Abs. 1). Die Dauer des Verlustes richtet sich nach der Gesamtstrafe [10]), und nur einmal ist sie neben dieser auszusprechen. Ebenso nehmen nach § 76 Abs. 2 auch Sicherungsmaßregeln und — in analoger Anwendung dieses Grundsatzes — andere Nebenfolgen, wie Buße und Publikationsbefugnis, neben der Gesamt-

[9]) vgl. Frank § 74, III, b.
[10]) vgl. Frank § 76, I — Leipz. Komm. § 76 Note 1 — RG. 36, 88.

strafe dieselbe Stellung ein, die sie neben der Einzelstrafe eingenommen hätten. —

Leider konnte sich der Gesetzgeber zu einer einheitlichen Regelung nicht durchringen: neben dem Asperationsprinzip schreibt er auch die Anwendung des Kumulationsprinzips vor, obwohl sämtliche kumulierten Strafen praktisch nicht immer vollstreckt werden können. So stehen von den Strafen Todesstrafe und lebenslängliche Freiheitsstrafe immer unter der Herrschaft des Kumulationsprinzips; praktisch werden die verwirkten Strafen jedoch nur einmal vollzogen.

Unter den Freiheitsstrafen tritt Häufung ein, wenn Gefängnis mit Festungshaft zusammentrifft und die Summe der erkannten Strafen fünfzehn Jahre nicht übersteigt (§ 75). Die Gründe dieser Regelung sind in der eigentümlichen Natur der Festungshaft zu suchen; als custodia honesta soll sie nicht durch die Gefängnisstrafe ersetzt werden[11]). Sind mehrere Festungs- oder mehrere Gefängnisstrafen verwirkt, so ist zunächst aus den gleichartigen Strafen eine Gesamtstrafe zu bilden. Uebersteigt die Summe dieser Gesamtstrafen den Betrag von fünfzehn Jahren, so findet eine Reduktion auf fünfzehn Jahre statt. Bestritten ist, bei welcher der Strafarten dabei die Kürzung einzutreten hat. Manche Schriftsteller[12]) verlangen, daß beide Strafen verhältnismäßig gekürzt werden; andere[13]) setzen sich lediglich für eine Kürzung der Festungshaft ein, während Frank und Olshausen die Entscheidung dem richterlichen Ermessen überlassen wollen[14]). — Auf Haft ist beim Zusammentreffen mit anderen Freiheitsstrafen stets gesondert zu erkennen, selbst wenn die Summe der Strafen fünfzehn Jahre übersteigt. Ebenso tritt bei mehreren verwirkten Haftstrafen sukzessiver Vollzug ein, ohne daß jedoch der Gesamtbetrag die Dauer von drei Monaten übersteigen darf (§ 77).

Auch Geldstrafen, mögen sie für Verbrechen, Vergehen oder Uebertretungen erkannt sein, werden gehäuft[15]); eine Berücksichtigung der in § 27 aufgestellten Höchstbeträge findet nicht statt. Selbst wenn neben der Todesstrafe Geldstrafen verwirkt sind, gilt dieser Grundsatz. Dieselbe Behandlung erfahren nach § 78 Abs. 2 auch die Freiheitsstrafen, die den Vorschriften des § 29 entsprechend an die Stelle

---

[11]) Frank § 75, I — Olshausen Nr. 4 zu § 75.

[12]) Finger a. a. O. S. 546 — Hälschner a. a. O. S. 690 — Leipz. Komm. § 75 Note 3.

[13]) Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, zu § 75 Anm. 3 — Stürenburg a. a. O. S. 78.

[14]) vgl. Frank § 75, I — Olshausen Nr. 4 zu § 75.

[15]) vgl. § 78 Abs. 1.

von uneinbringlichen Geldstrafen treten. Eine Einschränkung der Ku mulation findet nur insofern statt, als die Ersatzgefängnisstrafen eine Dauer von zwei Jahren und die Ersatzhaftstrafen eine solche von drei Monaten nicht übersteigen dürfen. Gründe, die hier eine Häufung der Strafen verlangen, können nicht angegeben werden; einer einheitlichen Regelung und auch den praktischen Bedürfnissen würde die Bildung einer Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip, wie sie § 74 für das Zusammentreffen primärer zeitiger Freiheitsstrafen vorschreibt, weit mehr entsprechen.

Von den Delikten stehen Uebertretungen stets unter der Herrschaft des Kumulationsprinzips. Wenn daneben in § 77 beim Zusammentreffen mehrerer Haftstrafen noch besonders Häufung vorgeschrieben ist, so ergibt sich die Notwendigkeit dieser Vorschrift[16]) aus der Tatsache, daß nach der lex lata auch Vergehen mit Haft bestraft werden können[17]). —

Während es äußerst bestritten ist, ob ein Delikt, das mit einem früher abgeurteilten ideal konkurriert, nachträglich noch abgeurteilt und bestraft werden kann, muß diese Frage bei der Realkonkurrenz selbstverständlich bejaht werden. Der Grundsatz „ne bis in idem" kann hier nicht als Gegenargument angeführt werden, weil nicht eine und dieselbe Handlung, sondern eine selbständige andere Handlung in dem neuen Prozeß ihre rechtliche Würdigung erfährt. Ohne Rücksicht auf das alte Urteil kann jedoch das neue Urteil nur in den Fällen der unbeschränkten Herrschaft des Kumulationsprinzips ergehen; in allen anderen Fällen machen sich auch hier die Gründe geltend, die gegen eine reine Durchführung dieses Prinzips sprechen, und das neue Urteil vermag unter bestimmten Voraussetzungen dieselben Wirkungen zu erzielen, die eingetreten wären, wenn sämtliche Delikte zu gleicher Zeit abgeurteilt worden wären. Die Voraussetzungen gehen nach § 79 im einzelnen dahin:

1. Die noch abzuurteilende strafbare Handlung muß „vor der früheren Verurteilung" wegen einer anderen strafbaren Handlung begangen sein. Die Frage, welcher Zeitpunkt unter „frühere Verurteilung" zu verstehen ist, muß mit Frank[18]) in dem Sinne entschieden werden, daß maßgebend ist der Zeitpunkt der Verkündung des auf Strafe lautenden ersten Urteils und nicht etwa der Zeitpunkt, in

[16]) Olshausen Nr. 1 zu § 77.
[17]) vgl. §§ 185, 186 StGB.
[18]) Frank § 79, I — vgl. auch Olshausen Nr. 6 zu § 79 — Binding, Grundriß, S. 295.

dem das erste Urteil Rechtskraft erlangt. Der Verkündung steht bei Strafbefehlen die Zustellung gleich. Nur Zufälligkeiten müssen eine gemeinsame Aburteilung verhindert haben, sei es, daß die spätere Tat bei der ersten Aburteilung noch nicht bekannt war oder die angestellten Ermittlungen noch nicht zur Erhebung der Anklage genügten, sei es, daß aus Zweckmäßigkeitsgründen beide Delikte nicht zu gleicher Zeit oder vor demselben Gericht abgeurteilt wurden. Wenn manche Schriftsteller[19]) de lege ferenda eine Ausdehnung dieser Vorschriften auf die Verbrechen verlangen, die erst nach Verkündung, ja nach erlangter Rechtskraft des ersten Urteils, aber vor völliger Verbüßung der Strafe, begangen sind, so lassen sie Sinn und Zweck der Bestimmung — der Täter hätte sich die erste Aburteilung zur Warnung dienen lassen sollen[20]) — völlig unbeachtet. — Zu beachten ist, daß die Vorschriften des § 79 nur Anwendung finden können, wenn das erste Urteil zur Zeit der zweiten Aburteilung bereits Rechtskraft erlangt hat; ist das nicht der Fall, dann hat nach § 460 StPO. nachträglich ein Gesamtstrafenbeschluß zu ergehen[21]).

2. Die im ersten Urteil ausgesprochene Strafe darf noch nicht getilgt, d. h. verbüßt, verjährt oder erlassen sein. Eine Rechtfertigung dieser Regelung läßt sich nicht finden, und die Unbilligkeiten liegen auf der Hand: der Verurteilte, der es versteht, die Vollstreckung der Strafe hinauszuschieben, — um die besten Charaktere handelt es sich hier nicht — genießt einen unberechtigten Vorteil, während ein anderer, der seine Strafe pünktlich verbüßt hat, für seine Pünktlichkeit durch die ungekürzte Verbüßung der zweiten Strafe belohnt wird. Das Schicksal des Verurteilten hängt vom Zufall ab[22]).

Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen wird aus den in den verschiedenen Urteilen ausgesprochenen Einzelstrafen eine Gesamtstrafe gebildet. Einsatzstrafe ist die schwerste verwirkte Einzelstrafe. Befindet sich unter den früheren Strafen eine Gesamtstrafe, so muß diese in ihre Einzelstrafen aufgelöst werden[23]); bei der Bildung der neuen Gesamtstrafe dürfen jedoch die Einzelstrafen des ersten Urteils nicht höher gewertet werden, als das im ersten Urteil der Fall war[24]). Auf

[19]) Schütze a. a. O. S. 96 ff. — Geyer, Ger. S. 13, 43 ff. — Stürenburg a. a. O. S. 85.
[20]) Frank § 79, I.
[21]) Olshausen Nr. 7 zu § 79 — Binding, Grundriß, S. 294 — Finger a. a. O. S. 551.
[22]) Frank § 79, III.
[23]) RG. 44, 302.
[24]) RG. 48, 277.

der anderen Seite muß eine bereits früher erkannte Gesamtstrafe nicht unbedingt erhöht werden [25]). —

Der enge Rahmen der vorliegenden Arbeit verbietet ein weiteres Eingehen auf die verschiedenen Fragen, die hier noch auftauchen. Nur die rechtliche Natur der Einzelstrafen und ihre Bedeutung für die Gesamtstrafe soll noch untersucht werden. Das Reichsgericht betrachtete in früheren Entscheidungen [26]) die Einzelstrafen nur als Rechnungsgrößen und sprach ihnen jede selbständige Bedeutung ab. Praktisch ergab sich daraus, daß sie auch keine Rechtskraftwirkungen erlangen konnten. Nach neueren Entscheidungen haben sie selbständige rechtliche Bedeutung [27]). Bedenkt man, daß mit der Gesamtstrafe in erster Linie festgestellt werden soll, in welcher Weise die Einzelstrafen nebeneinander zu verbüßen sind [28]), so kann man unmöglich behaupten, durch die Bildung der Gesamtstrafe sinken die Einzelstrafen zu bloßen Rechnungsgrößen herab. Auch entspricht es nicht dem Zweck des Verbots der reformatio in peius, daß in der zweiten Instanz zwar die Gesamtstrafe unverändert bleibt, die Einzelstrafen jedoch erhöht werden, wie das nach der ursprünglichen Ansicht des Reichsgerichts möglich war. — Auf der anderen Seite ist jedoch auch die Gesamtstrafe ein rechtlich selbständiges Gebilde, das der Rechtskraft fähig ist. Auch bei ihr gilt das Verbot der reformatio in peius, so daß sie in der zweiten Instanz nicht erhöht werden kann, wenn ein Beschuldigter zwar mit den ausgesprochenen Einzelstrafen einverstanden war, die Höhe der Gesamtstrafe jedoch nicht gebilligt und daher angefochten hatte. — —

„Weniger Systeme wäre mehr System!", sagt Binding [29]) in seinem Grundriß, und in der Tat müssen wir zugeben, daß die heutige Regelung der Realkonkurrenz an Mannigfaltigkeit, Vielseitigkeit und Kompliziertheit nichts zu wünschen übrig läßt. Bald tritt lediglich Kumulation ein, bald ist nur auf eine Gesamtstrafe zu erkennen, — bald sind Gesamtstrafe und reine Kumulation nebeneinander anzuwenden, bald tritt Kumulation ein, die praktisch zur Absorption führt: ein Durcheinander von Systemen und Prinzipien, das nicht übertroffen werden kann!

Warum erfahren Uebertretungen eine andere Behandlung als Verbrechen und Vergehen?

---

[25]) Binding, Grundriß, S. 296 — Finger a. a. O. S. 553 — RG 44 304.

[26]) RG. E. 2, 202 — RG 7, 378.

[27]) RG. 25, 297 — 26, 167 — vgl. auch Frank § 74, IV und Katz Ger. S. 36, 539

[28]) Frank § 74, IV.

[29]) Binding, Grundriß, S. 293.

Einer einheitlichen Regelung würde es weit mehr entsprechen, wenn bei sämtlichen Freiheitsstrafen das Prinzip der Gesamtstrafe durchgeführt werden würde. Nicht zu unterschätzende Vereinfachungen und grundsätzliche Uebereinstimmungen würden dadurch erzielt werden. Auch die lebenslänglichen Freiheitsstrafen dürfen keine Ausnahme bilden. Nach geltendem Recht werden sie beim Zusammentreffen untereinander und mit anderen Strafen gehäuft ausgesprochen; die Wissenschaft billigt diese Regelung und setzt sich über die Unmöglichkeit der Vollstreckung sämtlicher Strafen hinweg mit der Bemerkung, die Frage der Durchführbarkeit des Urteils gehe den erkennenden Richter nichts an[30]). — Es kann aber doch nicht Aufgabe des Richters sein, auf eine Strafe zu erkennen, von der er weiß, daß sie nie vollstreckt werden kann. Zweck der Verurteilung ist die Erfüllung des staatlichen Strafanspruchs, d. h. die Vollstreckung der erkannten Strafe, und dieser Zweck wird durch die Kumulation hier sicher nicht erreicht[31]). Die richtige Lösung liegt in der Bildung einer Gesamtstrafe. Der Beschuldigte hat die verwirkten Strafen nebeneinander zu verbüßen. Einsatzstrafe bei der Bildung der Gesamtstrafe ist die lebenslängliche Freiheitsstrafe; die Zusatzstrafe sinkt praktisch wegen der unübersteigbaren Höhe der Einsatzstrafe auf Null herab und fällt damit weg. Die Gesamtstrafe besteht lediglich aus der Einsatzstrafe: ein Grenzfall der Asperation, der in Wirklichkeit zur Absorption führt.

Auch Todesstrafen werden nach geltendem Recht beim Zusammentreffen untereinander und mit anderen Strafen kumuliert, obwohl schwere Bedenken dagegen sprechen[32]). So ist die Vollstreckung mehrerer Todesstrafen unmöglich; eine lebenslängliche Freiheitsstrafe ist mit der Hinrichtung verwirkt, so daß nicht einzusehen ist, warum auf sie neben der Todesstrafe erkannt werden soll. Beim Zusammentreffen mit einer zeitigen Freiheitsstrafe ist eine sukzessive Vollstreckung zwar möglich, indem die Hinrichtung erst nach der Vollstreckung der Freiheitsstrafe erfolgt; bedenkt man jedoch, daß mit der Hinausschiebung der Hinrichtung vielleicht auf Jahre hinaus für den Täter einerseits eine Milde, andererseits aber auch eine nur dem mittelalterlichen Inquisitionsprozeß bekannte Folterung verknüpft ist, so kann man unmöglich der Durchführung des Kumulationsprinzips

---

[30]) Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, zu § 74 Anm. 4.
[31]) Stürenburg a. a. O. S. 74.
[32]) Höpfner a. a. O. II S. 139 ff.

zustimmen. Nur in der Bildung einer Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip, die praktisch, wie bei lebenslänglichen Freiheitsstrafen, zur Absorption führt, ist eine gerechte Regelung zu sehen.

Geldstrafen werden heute stets gehäuft, obwohl hier die gleichen Bedenken, die bei den Freiheitsstrafen eine reine Kumulation verbieten, gegen die Anwendung dieses Prinzips ins Feld geführt werden können[33]). Auch sie nehmen bei Häufung an Schwere für den Verurteilten zu; die wirtschaftliche Schädigung kann den Ruin des Täters herbeiführen. Ein dringendes Bedürfnis spricht für die Ausdehnung des Schärfungsprinzips auf die Geldstrafen.

Ergebnis unserer Betrachtungen ist die Forderung einer einheitlichen Regelung der Realkonkurrenz. Ihrem Wesen und den Bedürfnissen der Gerechtigkeit entspricht allein die Anwendung des Prinzips der Gesamtstrafe, die in einer Erhöhung der schwersten verwirkten Einzelstrafe besteht[34]). — — —

Unseren früheren Ausführungen zufolge haben wir damit auch das für die Fälle der Idealkonkurrenz allein richtige Strafsystem aufgezeichnet. Die Frage, ob bei der Strafzumessung die Scheidung zwischen Ideal- und Realkonkurrenz zu berücksichtigen ist, läßt sich nicht allgemein beantworten[35]), denn es gibt zweifellos Fälle idealen Zusammentreffens, bei denen eine milde Strafe weniger am Platze ist als bei zahlreichen real-konkurrierenden Delikten[36]).

II. Verbrechenseinheit trotz scheinbarer Verbrechensmehrheit.

Gegenstand unserer bisherigen Erörterungen waren Verbrechensmehrheiten. Im folgenden sind kurz die wesentlichen Merkmale derjenigen Fälle hervorzuheben, die zwar scheinbar gleichfalls Verbrechensmehrheiten verkörpern, bei denen es sich jedoch in Wirklichkeit dem Willen des Gesetzgebers entsprechend um Verbrechensein-

[33]) Wachenfeld, Theorie, S. 127, 131 — v. Bar a. a. O. § 224.

[34]) Wachenfeld, Theorie, S. 135: „Die Untergrenze muß über der verwirkten schwersten Einzelstrafe stehen, die Obergrenze darf die Summe der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen. Lebenslängliche Freiheitsstrafe ist beim Zusammentreffen mit anderen Strafen als Gesamtstrafe anzusehen. Das Gleiche gilt von der Todesstrafe."

[35]) vgl. Coenders, Deutsche Strafrechts-Zeitung, 1914, S. 344.

[36]) Auf die Fälle des Zusammentreffens von Ideal- und Realkonkurrenz, auf die Konkurrenz — Konkurrenz (Binding, Handb. S. 583 ff.) kann hier nicht weiter eingegangen werden.

heiten handelt. Nur ein Gesetzestatbestand wird erfüllt: die übrigen Gesetzesverletzungen werden durch diese Tatbestandsverwirklichung verbraucht, sind in ihr enthalten.

1. Scheinbare oder unechte Idealkonkurrenz („Gesetzeskonkurrenz").

Die erste Gruppe dieser Fälle kann mit der Idealkonkurrenz verglichen werden: eine und dieselbe Handlung läßt sich unter mehrere gesetzliche Tatbestände subsumieren. Letztere stehen jedoch insofern in einem besonderen Verhältnis zueinander, als der Tatbestand des einen Gesetzes hinter den des anderen zurücktritt. Nur scheinbar sind mehrere Gesetze verletzt: die Voraussetzungen des § 73 und folglich auch die Voraussetzungen der Ueberschrift des ganzen Abschnitts liegen hier nicht vor. Die Gesetzeskonkurrenz ist von der Idealkonkurrenz zu scheiden. Mit Recht weist v. Liszt[1]) darauf hin, daß die Bezeichnung „Gestzeskonkurrenz" verfehlt ist, da hier überhaupt keine Konkurrenz von Gesetzen vorliegt; jedoch hat sich diese Terminologie so eingebürgert, daß Neuerungen nur verwirrend wirken würden.

Bei der Aufzählung der einzelnen Arten der Gesetzeskonkurrenz müssen in erster Linie die Fälle der Spezialität erwähnt werden. Einem gesetzlichen Tatbestand wird durch Hervorhebung besonderer Voraussetzungen eine konkretere Gestalt gegeben, und in dieser Form wird er als neue Strafdrohung behandelt. Hier gilt der Grundsatz: lex specialis derogat legi generali[2]). Fälle der Spezialität sind in den einen Tatbestand qualifizierenden und privilegierenden Gesetzen gegeben[3]). Erfüllt eine Handlung die Merkmale des qualifizierenden Delikts, so kommt nur die in diesem angedrohte verschärfte Strafe zur Anwendung, während die Strafdrohung der einfachen, generellen Norm unberücksichtigt bleibt: wer eine fremde bewegliche Sache aus einem umschlossenen Raum mittels Einsteigens stiehlt, wird nur nach § 243, nicht auch nach § 242 StGB. bestraft. Auf der anderen Seite wird der Totschläger, der durch eine ihm zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten gereizt sich unter dem Einfluß der durch diese Reizung hervorgerufenen Gemütserregung zur Tat hin-

---

[1]) v. Liszt § 56. II; er spricht von „scheinbarer Gesetzeskonkurrenz".

[2]) vgl. lex 41 Dig. de poenis 48, 19: „in omni iure species generi derogat".

[3]) Binding, Handbuch, S. 334, 357.

reißen ließ, nur nach § 213 StGB., nicht auch nach § 212 bestraft. Aus dem Gesetzbuch können noch viele Beispiele angeführt werden.

Weiter gehören hierher die Fälle der Subsidiarität. Bei Gesetzen, die in diesem Verhältnis zueinander stehen, gilt der Grundsatz: lex primaria derogat legi subsidiariae. Das eine Strafgesetz tritt hinter das andere zurück und findet nur Anwendung, wenn der Tatbestand des anderen nicht erfüllt ist. Die Subsidiarität wird nur gelegentlich vom Gesetzgeber ausdrücklich hervorgehoben. So geht aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 49 a, des Duchesne-Paragraphen, hervor, daß diese Gesetzesbestimmung subsidiärer Natur ist und nur Anwendung finden soll, „soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht“ [4]). Sie kommt daher nicht zur Anwendung, sobald eine der spezielleren Aufforderungen der §§ 85, 110, 111, 112, 159 StGB. vorliegt. Werden beim Zweikampf die vereinbarten oder hergebrachten Kampfesregeln überschritten, so finden bei der Bestrafung des Täters die allgemeinen Vorschriften über Tötung oder Körperverletzung Anwendung, sofern nicht nach den Bestimmungen über die Bestrafung des Zweikampfes eine härtere Strafe verwirkt ist (§ 207). Auch in verschiedenen Nebengesetzen finden wir die Subsidiaritätsklausel. In anderen Fällen ist das Subsidiaritätsverhältnis nicht ausdrücklich hervorgehoben; es ist jedoch in der logischen Beziehung der Gesetze zueinander begründet. So treten die schwächeren Begehungsformen hinter die stärkeren zurück. Wenn also ein Gesetz ausnahmsweise eine bloße Vorbereitungshandlung für strafbar erklärt, dann findet diese Bestimmung keine Anwendung, wenn die Handlung bereits in das Stadium des Versuchs oder der Vollendung eingetreten ist: die Vorschriften des § 201 StGB. bleiben unbeachtet, wenn der Zweikampf bereits vollendet ist; der Täter wird lediglich nach § 205 bestraft. Strafdrohungen, die sich gegen Anstiftung und Beihilfe richten, sind subsidiär den gegen die Haupttat selbst gerichteten, was sich schon daraus ergibt, daß diese Teilnahmeformen nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzgebers nur bei der Tat eines anderen möglich sind [5]). Das Gesetz, das die Gefährdung eines bestimmten Rechtsguts mit Strafe bedroht, will nicht zur Anwendung kommen, wenn der Tatbestand desjenigen Gesetzes erfüllt ist, welches die Verletzung dieses Rechtsguts verbietet und bestraft.

Gesetzeskonkurrenz liegt endlich in den Fällen der Konsumtion vor: ein Strafgesetz nimmt Tatbestand und Strafdrohung eines anderen

---

[4]) vgl. Pflaum, Ueber Gesetzeskonkurrenz, S. 29.
[5]) vgl. RG. 10, 406 — 26, 198 — 27, 273 — 44, 208 — 56, 59 — 59, 426.

teilweise in sich auf und stellt dieses damit außer Anwendung[6]). Es gilt hier der Grundsatz: lex consumens derogat legi consumtae. Wer also beispielsweise seinen Gegner im Zweikampf verletzt, macht sich nicht auch gleichzeitig der Körperverletzung schuldig; wer mit Gewalt unzüchtige Handlungen an einer Frauensperson vornimmt oder eine solche zur Duldung des außerehelichen Beischlafs nötigt, wird nur nach § 176 Ziff. 1, bezw. § 177 Abs. 1 bestraft.

Auch das zusammengesetzte Verbrechen gehört hierher. Verbrechen verschiedener Art werden vom Gesetzgeber im Falle ihres Zusammentreffens, besonders beim Zusammentreffen in einer Handlung, zu einem neuen Verbrechenstatbestand zusammengefaßt: der Tatbestand des § 249, des Raubs, setzt sich aus den Tatbeständen des Diebstahls (§ 242) und der Nötigung (§ 246) zusammen; der Räuber wird nicht wegen Diebstahls und wegen Nötigung bestraft.

Konsumtion liegt ferner vor, wenn außerhalb des Verhältnisses der Subsidiarität eine an sich strafbare Handlung sich nur als die Verwirklichung der Absicht darstellt, die schon zum Tatbestand der vorausgehenden strafbaren Handlung gehört. Man spricht hier von strafloser Nachtat. Der Dieb, der Betrüger, der sich die gestohlene oder durch Täuschung erlangte Sache aneignet, indem er sie veräußert oder beschädigt, wird nur wegen Diebstahls, bezw. Betrugs bestraft, nicht etwa auch noch wegen Sachbeschädigung oder Unterschlagung[7]). Voraussetzung ist jedoch, daß der Täter sich innerhalb der Grenzen dessen bewegt, was dem rechtmäßigen Eigentümer erlaubt wäre. Alle Handlungen außerhalb dieses Herrschaftsbereichs sind strafbar[8]).

Außer den bereits erwähnten Fällen nur scheinbarer Idealkonkurrenz wird im Anschluß an Binding[9]) noch die Alternativität der Strafgesetze angeführt. Man versteht darunter die Erscheinung, daß dieselbe Handlung von mehreren Gesetzen unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten mit Strafe bedroht wird. Zur Anwendung kommt hier nur das Gesetz, das für den konkreten Fall die strengere Strafbarkeit ergibt. Als Beispiel führt man an §§ 306/308, 311 StGB. im Verhältnis zu §§ 5, 6 des Sprengstoffgesetzes; früher verwies man auf § 81 Nr. 1 StGB. im Verhältnis zu § 211. Frank[10]) spricht in

---

[6]) Binding, Handbuch, S. 363 ff.
[7]) vgl. Frank § 73, VII, 2 c. — Olshausen Nr. 14 c zu § 73 — RG. 15, 426 — 35, 64 — 39, 239 — 48, 290 — 49, 16.
[8]) RG. 56, 336 — 60, 372.
[9]) Binding, Handbuch, S. 349 ff., vgl. auch S. 528.
[10]) Frank § 73, VII, 3.

diesen Fällen von einem Fehler, einer Nachlässigkeit des Gesetzgebers. Pflaum [11]) will Bindings ganze Alternativität in das Gebiet der Idealkonkurrenz verweisen. — Im Gegensatz zu Binding spricht v. Liszt [12]) dann von Alternativität der Strafgesetze, wenn ihre Begriffe mehrere widerstreitende Merkmale enthalten (Diebstahl und Unterschlagung, Mord und Totschlag). Zweck und Nutzen dieser Definition ist nicht einzusehen, wenn man bedenkt, daß diese Verbrechen sich aus solch verschiedenen Tatbestandsmerkmalen zusammensetzen, daß nicht einmal scheinbar eine Konkurrenz von Gesetzen in Frage kommen kann.

2. Scheinbare oder unechte Realkonkurrenz.

Der Gesetzgeber kann, wie wir oben gesehen haben, trotz des Vorliegens mehrerer Handlungen im natürlichen Sinne zur Annahme einer Verbrechenseinheit kommen. Es handelt sich jedoch hier nicht um mehrere selbständige Handlungen, die auf diese Weise zusammengefaßt werden, sondern ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis stellt in strafrechtlicher Hinsicht besondere Beziehungen zwischen den einzelnen Handlungen her. Einem Verbrechen liegen mehrere unselbständige Handlungen zugrunde; das Vorliegen nur eines Verbrechens verbietet die Anwendung der Vorschriften des § 74 StGB.

Teilnahmehandlungen (Anstiftung, Beihilfe), die sich auf dieselbe Haupttat beziehen, können weder untereinander, noch mit der Haupttat selbst real konkurrieren, weil sie ihre Strafbarkeit von der Haupttat entlehnen [1]) Treffen Anstiftung und Beihilfe zusammen, so geht die Beihilfe als die leichtere Teilnahmeform in der schwereren Anstiftung auf; stets kommt nur diejenige Teilnahmeform zur Anwendung, welche die schwerste Strafe nach sich zieht [2]).

Auch das fortgesetzte Delikt ist hier zu erwähnen: von mehreren Handlungen erfüllt jede einzelne sämtliche Tatbestandsmerkmale eines Verbrechenstyps, dennoch wird das Vorliegen einer Verbrechensmehrheit verneint. Beispiele bilden die Beleidigung durch mehrere Schimpfworte, das Schwören mehrerer falscher Eide im Laufe desselben Prozesses, der Diebstahl durch mehrmaliges Eindringen in

[11]) Pflaum a. a. O. S. 47.
[12]) v. Liszt § 56, II, 4.
[1]) Frank § 74, V, 1.
[2]) Binding, Handbuch, S. 361; Grundriß, S. 173 — v. Liszt § 52, IV — Finger a. a. O. S. 378 — Frank § 73, VII, 2b — vgl. auch RG. 33, 401 — 44, 208 — 47, 372 — 48, 206 — 53, 180 — 59, 28.

denselben Raum. Wie Binding [3]) darauf hinweist, ist das fortgesetzte Verbrechen auch in der Form denkbar, daß die einzelnen Handlungen die Merkmale des Verbrechensversuchs an sich tragen und nur die letzte Tätigkeit das Verbrechen vollendet: bei Tötung eines Menschen durch fünf Schüsse, von denen nur der letzte tödlich wirkte, wird nie Realkonkurrenz zwischen vier versuchten und einem vollendeten Mord angenommen.

Eine Fülle von Scharfsinn ist bei der Begründung der Einheit des fortgesetzten Delikts schon aufgewendet worden; eine Einheit der Ansichten hat sich jedoch noch nicht herbeiführen lassen. Früher hat man versucht, die Einheit des Verbrechens in der Einheit der Handlung zu finden. Besonders John [4]) leugnet die Möglichkeit einer Verbrechenseinheit bei Handlungsmehrheit; wenn er dabei jedoch von einer Handlung spricht, die „mehrere rechtsverletzende Tätigkeiten enthält", so gibt er damit indirekt zu, daß diese Handlungseinheit in Wirklichkeit eben doch eine Handlungsmehrheit bedeutet. Wachenfeld [5]) bemerkt daher richtig, daß man stets zur Leugnung der Existenz des fortgesetzten Verbrechens komme, wenn man sich bemühe, eine Handlungseinheit in ihm nachzuweisen. Die Begriffe Handlungseinheit und Verbrechenseinheit decken sich nicht. Das fortgesetzte Verbrechen setzt sich aus einer Mehrheit unselbständiger Handlungen zusammen; unselbständig sind dieselben insofern, als nicht jede ein besonderes Verbrechen bildet, obwohl jede den Tatbestand eines Verbrechenstyps erfüllt. Wesentlich ist die Feststellung, worauf die Unselbständigkeit der Handlungen und damit das Vorliegen einer Verbrechenseinheit trotz scheinbarer Verbrechensmehrheit beruht. Die Begründungen weisen nach zwei Richtungen hin:

Die subjektive Theorie verlangt neben der Gleichartigkeit der Begehungsform und Einheit des angegriffenen Rechtsguts Einheit bald des Entschlusses, bald der Absicht, bald des Vorsatzes. Insbesondere das Reichsgericht geht von der Einheitlichkeit des Vorsatzes aus, wenn es verlangt, daß „der Vorsatz von vorne herein den Gesamterfolg umfaßt hat" [6]). Schiebt sich zwischen die mehreren Einzeltätigkeiten eine Aburteilung ein, so wird ein neuer Vorsatz angenommen [7]). Das Er-

[3]) Binding, Handbuch, S. 344.
[4]) John, Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonkurrenz, S. 23.
[5]) Wachenfeld, Theorie, S. 95.
[6]) RG. 51, 305 — vgl. auch RG. 26, 178 — 30, 163 — 39, 220 — 41, 98 — 50, 84 — 57, 81 — 59, 54 — 59, 290.
[7]) RG. 49, 353 — 51, 253.

fordernis der Einheit des Rechtsguts ergibt sich aus der Einheit des Vorsatzes; von letzterer kann man nicht reden, wenn sich die Einzelakte gegen verschiedene Rechtsgüter richten.

Die objektive Theorie legt das Hauptgewicht auf die Einheit des Erfolgs. So vertritt Wachenfeld [8]) die Ansicht, daß die verschiedenen Handlungen nur dadurch miteinander verbunden werden, daß sie alle zusammen einen einzigen Erfolg herbeiführen. Der Erfolg hänge nicht von der Einheit oder Mehrheit der Handlungen ab; es sei im Ergebnis gleichgültig, ob eine Statue durch einen Schlag oder durch mehrere Schläge zertrümmert werde.

Beide Theorien fassen das Problem zu einseitig auf. Die richtige Lösung liegt in ihrer Verbindung; sowohl auf der objektiven als auch auf der subjektiven Seite ist ein bestimmter Zusammenhang erforderlich, damit man bei mehreren Handlungen von einem fortgesetzten Delikt sprechen kann.

In objektiver Hinsicht ist eine gewisse Gleichartigkeit der Einzelakte nötig [9]). Damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß alle Einzelakte demselben Strafgesetz unterfallen müßten. Schon Binding [10]) hat darauf hingewiesen, daß die Einzelakte sich lediglich gegen dasselbe Verbot richten müssen, nicht jedoch gegen den gleichen Gesetzesparagraphen [11]). So kann der einfach begonnene Diebstahl sich in einen Einbruchsdiebstahl verwandeln; einfache, gefährliche und schwere Körperverletzung können miteinander in Verbindung treten: stets bildet die Grundlage der Bestrafung das schwerste Delikt. Es liegt ein fortgesetztes Verbrechen des schweren Diebstahls, der schweren Körperverletzung vor. — Aus der Gleichartigkeit der Einzelakte folgt die Identität des Rechtsguts. Die Besonderheit der höchstpersönlichen Rechtsgüter (Leben, Freiheit, Ehre, leibliche und geschlechtliche Unversehrtheit), die durch den jeweiligen Träger ein individuelles Gepräge erhalten, steht der Annahme eines fortgesetzten Delikts selbst bei unmittelbar aufeinander folgenden Angriffen entgegen, wenn sich diese Angriffe gegen verschiedene Personen richten [12]). Bei anderen Rechtsgütern setzt das fortgesetzte Delikt keine Identität der verletzten Träger voraus: wer

---

[8]) Wachenfeld, Theorie, S. 102.

[9]) Frank § 74, V, 1 d — Olshausen Nr. 8 a zu § 73 — v. Liszt § 55, II, 1 — vgl. auch RG. 55, 134 — 57, 81 — 58, 19 ff.

[10]) Binding, Handbuch, S. 566.

[11]) Frank § 74, V, 1 d — RG. 51, 308 — 56, 323.

[12]) Frank § 74, V, 1 d — Olshausen Nr. 7 a zu § 73 — v. Liszt § 55, II, 1 u. a. — vgl. auch RG. 43, 136 — 44, 229 — 53, 274 — 57, 165 — 59, 98.

den Inhalt der Mäntel einer Garderobe, die verschiedenen Personen gehören, ausleert und mit sich nimmt, begeht nur einen Diebstahl, obwohl mehrere Personen geschädigt sind. — Erforderlich ist weiter eine gewisse Kontinuität der Einzelakte; jede nachfolgende Handlung muß als eine Fortsetzung der vorausgehenden erscheinen [13]). Eine bestimmte Formel läßt sich hier kaum aufstellen; in erster Linie kommt ein Zusammenhang in zeitlicher und örtlicher Hinsicht in Betracht. Die ganze Reihe der Einzelakte muß sich „äußerlich als ein in sich abgeschlossener, einheitlicher Vorgang darstellen" [14]).

Das subjektive Erfordernis des fortgesetzten Delikts bezeichnet man am besten als Einheitlichkeit des Verschuldens. Einheitlichkeit des Vorsatzes, was das Reichsgericht verlangt, ist zu eng, denn auch bei Fahrlässigkeitsdelikten ist die Möglichkeit eines Fortsetzungszusammenhangs gegeben [15]). — — Neben der Einheitlichkeit des Verschuldens können auch noch andere Umstände einen Fortsetzungszusammenhang begründen; ein Täter kann beispielsweise erst im Laufe seiner Tätigkeit durch das gute Gelingen derselben zu weiteren Handlungen veranlaßt werden, die er ursprünglich gar nicht beabsichtigte: der Dieb wollte ursprünglich nur bestimmte Sachen stehlen, er nimmt jedoch in Anbetracht der günstigen Gelegenheit noch andere, die er vorfindet, mit. Mit Recht sagt hier Frank [16]), es gehe nicht an, den Vorteil, der sich hinsichtlich der Bestrafung bei der Annahme eines fortgesetzten Delikts an Stelle von Realkonkurrenz für den Täter ergebe, demjenigen zukommen zu lassen, dessen Vorsatz sich von Anfang an auf den Gesamterfolg erstreckt habe, ihn dagegen demjenigen zu versagen, dessen Vorsatz erst im Laufe der Handlungen diese Ausdehnung gewonnen habe. Fortsetzungszusammenhang liegt nicht nur bei Einheitlichkeit des Verschuldens vor, sondern auch bei „Ausnutzung derselben Gelegenheit oder desselben dauernden Verhältnisses" [17]).

Bei Zusammenfassung der aufgestellten Erfordernisse ergibt sich als fortgesetztes Delikt die durch die Einheitlichkeit des Verschuldens oder durch Ausnützung derselben Gelegenheit oder desselben dauern-

---

[13]) vgl. RG. 44, 226 — 55, 135 — 59, 262.

[14]) Lobe, Leipz. Komm., S. 44.

[15]) vgl. Frank § 74, V, 1c — Leipz. Komm. S. 44 — Olshausen Nr. 8b zu § 73 — Binding, Handbuch, S. 537; Normen, Band 4, S. 613 ff. — v. Liszt § 55, Anm. 2 — Beling a. a. O. S. 372 — v. Bar a. a. O. S. 591 — — a. A. RG. 47, 334 — 57, 120 — 59, 287.

[16]) Frank § 74, V, 1d.

[17]) Frank § 74, V, 1d — vgl. auch M. E. Mayer a. a. O. S. 166 ff. — v. Bar a. a. O. S. 586.

den Verhältnisses verbundene, gegen das gleiche Rechtsgut gerichtete Summe von gleichartigen Einzelakten. —

Während wir beim fortgesetzten Delikt infolge der Unselbständigkeit der Handlungen von einer natürlichen Verbrechenseinheit reden, treten uns in den Kollektivdelikten künstliche Einheiten gegenüber. Nicht unselbständige, sondern mehrere selbständige Handlungen erfüllen mehrere Gesetzestatbestände; gleichartige oder ungleichartige Verbrechensmehrheiten würden vorliegen, wenn nicht ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen zufolge die Einzelhandlungen zu Verbrechenseinheiten zusammengefaßt werden würden. Nicht mit Unrecht sprechen daher Binding und Habermaas [18]) von „künstlich geschaffenen fortgesetzten Delikten". Die Gründe, die den Gesetzgeber zu dieser Regelung bestimmen, ergeben sich aus der Lebensrichtung und Lebensgewöhnung des Täters [19]). In einer gewissen Geneigtheit, einem Hang, ein bestimmtes Verbrechen immer wieder zu begehen, offenbart sich diese Willensrichtung und ihr entspringen die Handlungen. Beispiele bilden die gewerbs-, gewohnheits- und geschäftsmäßige Begehung von Verbrechen. Dabei bedeutet Gewerbsmäßigkeit die Absicht des Täters, sich durch wiederholte gleiche Begehung des Verbrechens eine Einnahmequelle zu verschaffen (quasi artem exercere) [20]). Nahe verwandt damit ist die Geschäftsmäßigkeit; auch sie erfordert die Absicht, eine Tätigkeit dauernd auszuüben, jedoch nicht so häufig, daß man bereits von Gewohnheit reden kann [21]). Erwerbsabsicht ist nicht erforderlich. Gewohnheitsmäßigkeit bedeutet die aus wiederholter Begehung eines Verbrechens eingewurzelte Neigung, den fortwährenden Hang zu neuer Begehung [22]).

Der Gesetzgeber verwendet den Begriff des Kollektivdelikts teils als strafbegründenden Umstand [23]), so daß die einfache Begehung straflos bleibt, teils als strafschärfenden Umstand [24]). Infolge dieser verschiedenen Verwendung zwei Gruppen von Kollektivdelikten aufzustellen, erübrigt sich jedoch insofern, als der Gesetzgeber lediglich die aus der verbrecherischen Willensrichtung hervorgegangenen Einzel-

[18]) Binding, Handbuch, S. 352 — Habermaas a. a. O. S. 4.
[19]) Wachenfeld, Theorie, S. 91 — Frank § 74, V.
[20]) so die herrschende Ansicht — vgl. auch RG. 33, 237 - - 53, 59 — 58, 19.
[21]) RG. 53, 446.
[22]) vgl. Frank § 74, V, 2b — v. Liszt § 55, III, 3 — RG. 32, 394.
[23]) vgl. bez. der Gewerbsmäßigkeit §§ 285, 302e — bez. der Gewohnheitsmäßigkeit §§ 150, 180, 181a, 302e — bez. der Geschäftsmäßigkeit § 144 StGB.
[24]) vgl. §§ 260, 294, 302d. StGB.

handlungen bestrafen will. Er sieht eine Handlung, die einem solchen Hang entsprungen ist, als strafwürdig an, während er eine irgendwie anders motivierte, jedoch gleiche Handlung, straflos läßt. Ist die Handlung schon vorher mit Strafe bedroht, so muß ihre gewerbs-, geschäfts- oder gewohnheitsmäßige Begehung als Strafschärfungsgrund verwendet werden [25]). — Die Bezeichnung Kollektivdelikt ist übrigens insofern nicht richtig, als diese Delikte keineswegs immer eine Handlungsmehrheit voraussetzen, wie das aus der Benennung geschlossen werden muß [26]). Für die Strafbarkeit genügt es, daß, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen, eine strafbare Handlung zur Aburteilung kommt [27]).

Auch das Dauerdelikt ist hier zu erwähnen. Es unterscheidet sich vom Augenblicksdelikt dadurch, daß zu seinem Tatbestand nicht nur die Herbeiführung eines rechtswidrigen Zustandes gehört, sondern auch die Aufrechterhaltung desselben. Die Dauer des Delikts wird durch die Dauer des rechtswidrigen Zustandes bestimmt. Beispiele bilden die Freiheitsberaubung (§ 239), die Entführung (§§ 236, 237), die Fahnenflucht (§ 141). Auch die echten Unterlassungsdelikte gehören hierher; der durch die pflichtwidrige Unterlassung hervorgerufene Zustand dauert solange an, bis die pflichtgemäße Betätigung vorgenommen wird, oder die Vornahme nicht mehr möglich oder nicht mehr geboten ist. — Manche Autoren bestreiten das Bestehen eines Unterschiedes zwischen dem fortdauernden und dem fortgesetzten Delikt. Wächter [28]) löst dabei ersteres in mehrere Teilverbrechen auf: zur Fortdauer des Delikts gehöre eine Reproduktion, eine Erneuerung desselben, und jede dieser Reproduktionen bilde für sich ein Verbrechen; das Dauerdelikt unterscheide sich so nicht von dem fortgesetzten Delikt. Er übersieht jedoch, daß sich das Dauerdelikt nicht wie das fortgesetzte Delikt aus gleichartigen, sondern aus ungleichartigen Handlungen zusammensetzt: es besteht aus einer in sich abgeschlossenen Tätigkeit, zu der die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes und die damit begangenen Unterlassungen der Aufhebung treten.

Von dem Dauerverbrechen ist das Zustandsverbrechen zu scheiden. Dasselbe ist mit der Herbeiführung des rechtswidrigen Zustandes vollendet; die Aufrechterhaltung desselben bildet keinen Be-

---

[25]) Wachenfeld, Theorie, S. 91.
[26]) Binding, Handbuch, S. 550 — Beim Gewohnheitsverbrechen ist allerdings der Nachweis wiederholter Begehung erforderlich.
[27]) v. Liszt § 55, III.
[28]) Wächter, Goltd. Arch. VIII, S. 16 ff.

standteil des Tatbestandes. Als Beispiele werden angeführt Doppelehe (§ 171), auch falsche Beurkundung (§ 348) und Diebstahl (§ 242). Rechtlich unterscheidet sich das Zustandsverbrechen in keiner Weise von den Erfolgsdelikten; denn es ist ohne Bedeutung, ob der durch eine strafbare Handlung hervorgerufene Zustand ein vorübergehender oder ein dauernder ist. Mit Recht verlangt daher Kitzinger[29]) Beseitigung dieses für die Praxis entbehrlichen Begriffs[30]). — — —

De lege ferenda geben die Fälle der sog. gesetzlichen Verbrechenseinheit, zu denen das zusammengesetzte Delikt, das Dauer- und Kollektivdelikt gehören, keinen Anlaß zu weiteren Erörterungen. Eindeutig bestimmt hier der Gesetzgeber, daß immer nur eine Verbrechenseinheit vorliegt.

Bestritten ist es jedoch, ob in den übrigen Fällen der scheinbaren Verbrechensmehrheit besondere gesetzliche Bestimmungen erforderlich sind. Bei der Gesetzeskonkurrenz ist das zu verneinen, denn in Wissenschaft und Rechtsprechung herrscht volles Einverständnis darüber, daß hier jeweils nur eine Verbrechenseinheit vorliegt, so daß die Vorschriften über Idealkonkurrenz niemals Anwendung finden können. Besondere Bestimmungen im Gesetz sind hier nicht nötig. Beim fortgesetzten Delikt kann zunächst in Anbetracht der vielen Streitfragen auf diesem Gebiet eine abstrakte Formulierung als angebracht erscheinen. Der Streit um die Abgrenzung dieses Delikts von der Realkonkurrenz dürfte damit jedoch kaum zur Ruhe kommen, weil es praktisch beinahe unmöglich ist, eine Definition des fortgesetzten Delikts aufzustellen, die allen Möglichkeiten gerecht wird[31]). Versuche früherer Strafgesetzbücher[32]), Vorschriften über das fortgesetzte Delikt zu erlassen, beweisen das. Empfehlenswert ist es, auch in der Zukunft die Lösung dieser Probleme der Wissenschaft und Rechtsprechung zu überlassen; dort haben sich bereits bestimmte Grundsätze herausgebildet. Gesetzliche Bestimmungen sind nicht erforderlich[33]).

[29]) Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht, S. 257.

[30]) v. Liszt (§ 3, II) versteht unter Zustandsverbrechen die Fälle „chronischer Kriminalität".

[31]) Dohna a. a. O. S. 422/423.

[32]) Bayern 1813 — Sachsen 1838, 1855, 1868 — Württemberg 1839 — Baden 1845 — Thüringen 1850 — Hannover 1840.

[33]) vgl. auch Binding, Grundriß, S. 143: „Mit dem fortgesetzten Verbrechen sich zu beschäftigen, hatte das Gesetzbuch nicht den geringsten Anlaß".

III. Verbrechenseinheit und -mehrheit in ausländischen Rechtsordnungen.

Bei der Betrachtung der außerdeutschen Gesetzgebungen sind mehrere Gruppen zu unterscheiden. Wir beginnen mit derjenigen, welcher eine verschiedene Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz völlig unbekannt ist. Hieran wird sich die Betrachtung der Gesetze knüpfen, welche in ihrem System eine getrennte Behandlung beider Konkurrenzformen anordnen, obwohl sie die Idealkonkurrenz ausdrücklich oder stillschweigend als Verbrechensmehrheit betrachten. Zum Schluß ist die große Anzahl derjenigen Länder zu erwähnen, welche die Idealkonkurrenz nicht als einen Fall des Zusammentreffens mehrerer Verbrechen in einer Handlung, sondern lediglich als Konkurrenz mehrerer Strafgesetze auffassen. — Eine völlig getrennte Betrachtung der verschiedenen Gruppen kann dabei nicht angestrebt werden, weil der Uebersicht wegen geltendes Recht und Entwürfe der einzelnen Länder stets nebeneinander betrachtet werden, obwohl sie nicht immer unter dieselbe Gruppe fallen.

Zur ersten Gruppe gehört zunächst die österreichische Strafgesetzgebung. Dieselbe zeichnet sich von jeher dadurch aus, daß ihr die Einteilung der Verbrechenskonkurrenz in eine ideale und reale Konkurrenz völlig unbekannt ist. In wesentlicher Uebereinstimmung mit § 28 des Strafgesetzbuchs von 1803 bestimmt der § 54 des heute noch geltenden Gesetzes von 1852: „Hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen begangen, welche Gegenstand der nämlichen Untersuchung und Aburteilung sind, so ist er nach jenem, auf welches die schärfere Strafe gesetzt ist, jedoch mit Bedacht auf die übrigen Verbrechen zu bestrafen". Ueber die Tragweite dieser Vorschrift herrschte zwar in der österreichischen Literatur und Praxis nicht immer Uebereinstimmung der Ansichten, und gerade die ältere Judikatur war eher geneigt, sie ausschließlich auf die Realkonkurrenz zu beziehen. Frühzeitig rang sich jedoch die Ansicht durch, daß die richtige Auslegung der Stelle eine gleiche Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz erfordert [1]).

Die Bestrafung erfolgt grundsätzlich nach dem Absorptionsprinzip; nach dem strengsten Gesetz ist die Strafe zu bemessen. Bei der Strafzumessung ist jedoch auf die übrigen Delikte insofern Bedacht zu

[1]) vgl. Stooß, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2. Aufl. 1913, § 42 — A. Merkel in Holtzend. Handb. Bd. 2, S. 580.

nehmen, als sie als erschwerende Umstände zu verwerten sind. Ist Todes- oder lebenslängliche Kerkerstrafe zu verhängen, so ist nach § 50 jede Erhöhung unstatthaft. Wenn manche Schriftsteller dieses Prinzip — Berücksichtigung der übrigen Verbrechen bei der Strafzumessung — als Schärfungsprinzip bezeichnen [2]), so können wir diese Terminologie nicht billigen. Von Schärfung kann man nur sprechen, wenn der Richter das Maximum der angedrohten schwersten Strafe überschreiten darf, was hier nicht der Fall ist. Es gilt lediglich das Absorptionsprinzip mit Straferhöhung [3]); ein Unterschied gegenüber anderen Rechtsordnungen, die dieses Prinzip vorschreiben, besteht insofern, als der Richter hier die übrigen Delikte nicht nur berücksichtigen kann, sondern daß er dieselben berücksichtigen muß. — Einer ähnlichen Behandlung wird die Konkurrenz von Verbrechen mit Vergehen und Uebertretungen (§ 35), sowie die Konkurrenz von Vergehen und Uebertretungen untereinander (§ 267) unterworfen.

Den Anschein, als ob diese Vorschriften nur bei Delikten Anwendung finden würden, welche Gegenstand derselben Aburteilung sind, beseitigt die Strafprozeßordnung, indem sie in § 265 bestimmt, daß diese Grundsätze auch dann gelten, wenn der Angeklagte wegen einer strafbaren Handlung bereits abgeurteilt ist und erst nachher einer anderer schuldig befunden wird, die er vor der Fällung jenes Strafurteils begangen hat. Dabei ist es hier — anders im deutschen Recht — gleichgültig, ob die erste Strafe schon getilgt ist, oder ob sie noch verbüßt werden muß.

Trifft Freiheitsstrafe mit Geldstrafe oder mit der Strafe des Verfalls von Gegenständen zusammen, so ist eine Milderung nicht begründet und es gilt das Prinzip der Kumulation (§ 35 Abs. 2 und § 267 Abs. 2).

Bei einer kritischen Stellungnahme muß man das Strafsystem des österreichischen Gesetzes grundsätzlich als verfehlt bezeichnen. Die Höhe der Strafe muß sich innerhalb des Strafrahmens des strengsten Gesetzes bewegen: der Täter, der also durch eine strafbare Handlung bereits die höchste nach dem konkreten Gesetz zulässige Strafe verwirkt hat, kann nicht mehr strenger bestraft werden, mag er auch noch so viele weitere strafbare Handlungen begangen haben. Wer gleich als erstes, unentdeckt bleibendes Delikt ein schweres begeht, hat damit

[2]) vgl. Lammasch, Grundriß des Strafrechts, 4. Aufl. 1911, S. 63 — Eduard Liszt, Vorlesungen über die allgem. Lehren des mater. Strafrechts, 1925, S. 226 u. a.

[3]) P. Merkel a. a. O. S. 355.

„einen Freibrief" für alle folgenden Delikte erwirkt [4]). Allerdings muß zugegeben werden, daß schwere Unzuträglichkeiten sich insofern weniger bemerkbar machen, als das österreichische Strafgesetzbuch nur sehr strenge Strafdrohungen kennt. —

Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs aus dem Jahre 1874 unterscheidet sich vom geltenden Recht dadurch, daß er eine besondere Bestimmung über die ungleichartige Idealkonkurrenz bringt. Hier soll lediglich das Gesetz zur Anwendung kommen, das die schwerste Strafdrohung enthält. Die herrschende Ansicht, welche Gleichbehandlung von Ideal- und Realkonkurrenz wünscht, wird von der Begründung mit großer Entschiedenheit verworfen: der zufällige Umstand, daß eine Handlung „gleichzeitig die Merkmale eines anderen, minder strafbaren Delikts" an sich trage, vermöge die rechtliche Beurteilung derselben nicht zu ändern [5]). — Die folgenden Entwürfe behielten diese Regelung wörtlich bei; erst die Regierungsvorlage des Jahres 1891 kehrt wieder zu dem Standpunkt des geltenden Rechts zurück, indem sie die besonderen Bestimmungen über Idealkonkurrenz streicht. Der Entwurf von 1893 ordnet ausdrücklich Gleichbehandlung beider Konkurrenzarten an.

Der grundsätzlich nicht zu billigende Standpunkt des geltenden Rechts bestimmte die Verfasser des Vorentwurfs von 1909, das Absorptionsprinzip nicht mehr beizubehalten; ebensowenig wollten sie aber auch nicht in das entgegengesetzte Extrem, Kumulierung sämtlicher verwirkter Strafen, verfallen. Sie wählten daher den Mittelweg der Asperation, die, wie nach geltendem Recht, sowohl bei der Ideal- als auch bei der Realkonkurrenz eintreten soll [6]). Bei der Idealkonkurrenz sei dieses Prinzip zwar nicht allgemein anerkannt; allein die Schuld des Täters sei doch offensichtlich eine größere, wenn er durch sein Verhalten mehrere gesetzliche Tatbestände verwirklicht habe. Zudem drohe jedes Strafgesetz bei einzelnen strafbaren Handlungen höhere Strafsätze an, wenn Umstände vorliegen, die ohne die besondere Vorschrift Idealkonkurrenz begründen würden. — Nach dem Asperationsprinzip soll eine Gesamtstrafe gebildet werden [7]); die einzelnen Strafdrohungen werden zu diesem Zweck miteinander verglichen. Einsatz-

---

[4]) vgl. Erläuternde Bemerkungen zum Vorentwurf eines österreichischen Strafgesetzbuchs vom September 1909, S. 115.

[5]) Heinemann a. a. O. S. 115.

[6]) vgl. Erl. Bem. z. Vorentwurf eines österr. Strafgesetzbuchs v. Sept. 1909, S. 115.

[7]) vgl. § 65 d. Entw. 1909.

strafe ist die schwerste in abstracto angedrohte Strafe. Nie werden die einzelnen verwirkten Strafen festgelegt und etwa die Summe derselben reduziert. Bei Strafen gleicher Art bewegt sich nach § 66 die Höhe der Gesamtstrafe „zwischen der um ein Viertel erhöhten höchsten Untergrenze und der um ein Viertel erhöhten höchsten Obergrenze der zusammentreffenden Strafdrohungen". Beim Zusammentreffen von Freiheitsstrafen verschiedener Art ist die Gesamtstrafe nach demselben Grundsatz in der schwersten Strafart zu bemessen. Sind Geld- und Freiheitsstrafen nebeneinander zu verhängen, so kann der Richter nach Wahl asperieren oder kumulieren (§ 67). Von der Erhöhung des Strafrahmens soll abgesehen werden, wenn die eine Strafdrohung im Verhältnis zur anderen geringfügig ist (§ 66 Abs. 3); dies gilt auch bei getrennter Aburteilung (§ 68 Abs. 3).

Die Bestimmungen des Vorentwurfs wurden von der Regierungsvorlage des Jahres 1912 ohne Aenderung übernommen.

Von einem Rückschritt müssen wir bei der Regelung im Entwurf 1921 reden. Zwar verfällt er nicht wieder in den alten Fehler und schreibt verschiedene Behandlung beider Konkurrenzarten vor, aber er kehrt zu dem Standpunkt der lex lata Oesterreichs zurück, wenn er in § 35 bestimmt, daß „die Strafe zwischen der höchsten Untergrenze und der höchsten Obergrenze der zusammentreffenden Strafdrohungen auszumessen" ist. Das verfehlte Strafsystem, von dem die vorhergehenden Entwürfe nach harten Kämpfen abgekommen waren, soll damit von neuem zu jener ihm nicht gebührenden Geltung kommen. —

Der unter dem Einfluß des Anschlusses der österreichischen Reformarbeit an die deutsche Strafrechtsreform entstandene österreichische Gegenentwurf zum deutschen Strafgesetzentwurf von 1919 spricht in der Ueberschrift seines sechsten Abschnittes, wie das deutsche Strafgesetzbuch, von dem „Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen". Aus den folgenden Einleitungsworten geht deutlich hervor, daß die Verfasser des Entwurfs den Ausdruck „strafbare Handlungen" nicht etwa nur auf die Realkonkurrenz, sondern auch auf die Idealkonkurrenz beziehen wollen. In unübertrefflicher Kürze heißt es nämlich in § 31: „Hat jemand durch dieselbe oder durch verschiedene Taten mehrere strafbare Handlungen begangen, so . . .". Ideal- und Realkonkurrenz erfahren die gleiche Behandlung; hier wie dort handelt es sich nach dem Entwurf um eine Verbrechensmehrheit. Dennoch soll die Bestrafung grundsätzlich nach dem Absorptionsprinzip erfolgen; zu verhängen ist nur eine Strafe, die einer der verschiedenen Strafdrohungen zu entnehmen ist. Die übrigen Gesetze werden insofern berücksichtigt, als die Strafe

von keiner leichteren Art sein darf, als die schwerste der zu verhängenden Einzelstrafen; bei Freiheitsstrafen darf der Richter nach § 32 nicht unter das höchste Mindestmaß der verletzten Gesetze heruntergehen. Fakultativ ist auch das Asperationsprinzip zugelassen: nach § 32 darf eine zeitige Freiheitsstrafe „das höchste Höchstmaß der auf die einzelnen strafbaren Handlungen gesetzten zeitigen Freiheitsstrafen um die Hälfte übersteigen, jedoch nicht mehr als fünfzehn Jahre betragen". Dieselbe Bestimmung gilt auch bei Geldstrafen (§ 33); eine absolute Obergrenze fehlt jedoch hier. — § 36 des Entwurfs spricht von der Konkurrenz im weiteren Sinne; wesentliche Neuerungen gegenüber § 265 der Strafprozeßordnung bringt er nicht. Zu begrüßen ist die besondere Betonung der Voraussetzung, daß die Zeit der Begehung sämtlicher Delikte vor der Verkündung des ersten auf Strafe lautenden Urteils liegen muß.

Unten werden wir sehen, daß dieser Entwurf einen nicht unbeträchtlichen Einfluß auf die Verfasser der deutschen Entwürfe auszuüben vermochte. Die grundsätzliche Stellung des österreichischen Entwurfs zu den einzelnen Problemen der Konkurrenzlehre — Gleichbehandlung beider Konkurrenzarten, Absorptionsprinzip, fakultative Zulassung des Asperationsprinzips — spiegelt sich in den deutschen Entwürfen wider. Ein wesentlicher Fortschritt auf dem Wege der Vereinheitlichung, denn auf wenigen Rechtsgebieten haben wir eine solche Verschiedenheit der Entwicklungsgeschichte und damit der Grundeinstellung beider Länder zu verzeichnen! — — —

Im norwegischen Strafrecht wurde die Idealkonkurrenz von jeher als Zusammentreffen mehrerer Verbrechen beurteilt und demnach gefordert, daß die Strafe des schwersten Verbrechens Anwendung finde, die geringeren Verbrechen aber ebenfalls als Schärfungsgründe zu berücksichtigen seien. Schon der Entwurf eines Strafgesetzbuchs vom Jahre 1828 geht im 6. Kapitel, § 12, von dieser Auffassung aus; ihm schließt sich das Gesetz von 1842 in § 11 des 6. Kapitels an [8]).

In § 62 des heute geltenden Strafgesetzes von 1902 heißt es treffend: „Hat jemand durch dieselbe oder verschiedene Handlungen mehrere Verbrechen oder Uebertretungen begangen, wegen . . ., so ist eine Gesamtfreiheitsstrafe zu erkennen, . . ." [9]). Grundsätzlich werden alle Konkurrenzfälle gleich behandelt, mag es sich um Ideal- oder Real-

[8]) Heinemann a. a. O. S. 130.

[9]) zitiert nach der Uebersetzung von Rosenfeld und Urbyn, Berlin 1904, S. 13.

konkurrenz handeln, mag es sich um ein Zusammentreffen von Verbrechen (Forbrydelser) oder Vergehen (Forseelser) handeln[10]).

Die Bestrafung erfolgt nach einem eigenartigen System. Treffen Freiheitsstrafen zusammen, so ist auf eine Gesamtstrafe zu erkennen, die strenger sein muß, als die höchste für eine einzelne der strafbaren Handlungen angedrohte Mindeststrafe, ohne daß jedoch das für eine der strafbaren Handlungen angedrohte Höchstmaß um mehr als die Hälfte überschritten werden darf (§ 62). Bei zusammentreffenden Geldstrafen ist auf eine Gesamtstrafe zu erkennen, die strenger als diejenige Geldstrafe sein muß, die eine einzelne der strafbaren Handlungen nach sich gezogen haben würde (§ 63), wobei der in § 27 festgelegte Höchstbetrag zu beachten ist. Verwirkte Geld- und Freiheitsstrafen können nebeneinander vollstreckt werden; statt dessen können jedoch auch bei der Festsetzung der Freiheitsstrafe die Delikte, deren Begehung mit Geldstrafe bedroht ist, als erschwerende Umstände berücksichtigt werden (§ 63 Abs. 2). — Die Motive zum Entwurf von 1896[11]) führen zu dieser Regelung aus, der Richter müsse einerseits bei real-konkurrierenden Delikten die Möglichkeit haben, bis in den Strafrahmen des schwersten Delikts herabzugehen; andererseits müsse ihm aber auch bei ideal-konkurrierenden Delikten gestattet sein, über diesen Rahmen noch hinauszugehen, denn unter Umständen finde die strafbare Handlung innerhalb desselben keine entsprechende Würdigung. Die Anordnung des Absorptionsprinzips unter Zulassung einer fakultativen Strafschärfung berücksichtige diese Gesichtspunkte.

Die Berechtigung dieser Gründe muß voll anerkannt werden, nicht jedoch damit auch die Berechtigung dieses komplizierten Strafsystems. Zweckmäßiger wäre es sicher, wenn an Stelle der in abstracto angedrohten Strafen die in concreto verwirkten Strafen die Grundlage der Gesamtstrafe bilden würden. — — —

Das dänische Strafgesetzbuch von 1866 spricht in § 62 von demjenigen, der „in demselben Verfahren mehrerer Verbrechen für schuldig befunden wird“[12]). Heinemann[13]) zieht aus dem Fehlen von Angaben über die Zahl der diesen Verbrechen zugrundeliegenden Handlungen die Folgerung, das dänische Strafgesetzbuch kenne nur die Realkon-

[10]) das Strafgesetzbuch von Norwegen kennt nur diese beiden Arten strafbarer Handlungen (vgl. § 2).

[11]) Motive zum Entwurf eines allgem. bürgerlichen Strafgesetzbuchs f. d. Königreich Norwegen, übersetzt von Bittl, Berlin 1907, S. 181 ff.

[12]) zitiert nach der Uebersetzung von Bittl, Berlin 1901.

[13]) Heinemann a. a. O. S. 116.

kurrenz. Mit derselben Berechtigung kann daraus jedoch auch geschlossen werden, der Gesetzgeber schreibe der Anzahl der Handlungen überhaupt keine Bedeutung zu; ob eine oder mehrere Handlungen, ob ideal- oder realkonkurrierende Delikte vorliegen — immer sollen die gleichen Grundsätze zur Anwendung kommen[14]). Die Fassung des Gesetzestextes dürfte die Richtigkeit der zweiten Ansicht bestätigen.

Die Bestrafung erfolgt grundsätzlich nach dem Absorptionsprinzip; nur ausnahmsweise kann die Strafe, wenn durch mehrere Handlungen Verbrechen verschiedener Art begangen worden sind, nach Umständen bis um die Hälfte erhöht werden (§ 62 Abs. 2). Nach § 64 kommen diese Vorschriften auch bei d e n Verbrechen zur Anwendung, die in verschiedenen Verfahren abgeurteilt werden, bei denen jedoch die Möglichkeit einer einheitlichen Aburteilung bestand. —

Die dänischen Entwürfe schreiben alle eine völlige Gleichbehandlung der einzelnen Konkurrenzarten vor. — — —

Das g r i e c h i s c h e Strafgesetzbuch von 1834 enthält in Art. 109 Bestimmungen über die Bestrafung realkonkurrierender Delikte: „Ist der zu Bestrafende mehrerer strafbarer Handlungen derselben oder verschiedener Gattung schuldig, oder . ., so soll derselbe nach derjenigen Tat, worauf die schwerere Strafe gesetzt ist, bestraft und die übrigen sollen bei der Zumessung der Strafe als besondere Erschwerungsgründe berücksichtigt werden"[15]). Die gleichen Bestimmungen finden nach Art. 110 Anwendung, „1. wenn der Schuldige . . . durch eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze übertreten hat, 2. wenn . . . dieselbe Handlung mehrere strafbare Taten in sich vereinigt, 3. wenn durch eine Tat . . . zwei oder mehrere besonders benannte Verbrechen oder Vergehen zugleich begangen worden sind". Trotz der unklaren Fassung dieser Stelle lässt sich mit Sicherheit aus ihr schließen, daß das griechische Strafgesetzbuch ebenso wie sein Vorbild, das bayrische Strafgesetzbuch von 1813, in durchaus richtiger Weise erkannt hat, daß auch die Idealkonkurrenz eine Verbrechensmehrheit verkörpert[16]). In folgerichtiger Verwertung dieser Erkenntnis ordnet es die Gleichbehandlung beider Konkurrenzarten an: die Bestrafung erfolgt unter erschwerender Berücksichtigung der übrigen Delikte nach dem die schwerste Strafdrohung enthaltenden Gesetz[17]).

[14]) vgl. auch C o e n d e r s, Idealkonkurrenz, S. 57.
[15]) zitiert nach der amtl. deutschen Uebersetzung von 1834.
[16]) vgl. H e i n e m a n n a. a. O. S. 132.
[17]) vgl. auch v. T h ó t, Ger. S. 71, 196.

Weniger geglückt sind die Bestimmungen über das fortgesetzte Delikt (Art. 109). Dasselbe soll ebenso behandelt werden wie ideal- und realkonkurrierende Delikte. —

In direkt vorbildlicher Weise löst der Entwurf von 1924 die einzelnen Probleme. Ideal- und Realkonkurrenz erfahren eine völlig gleiche Behandlung; der Gesetzestext vermeidet jede Fassung, die bei der Idealkonkurrenz zur Annahme einer Verbrechenseinheit führen könnte. Die Bestrafung konkurrierender Delikte — mag es sich um Verbrechen, Vergehen oder Uebertretungen handeln — erfolgt durch Erkennung auf eine Gesamtstrafe, „welche durch Erhöhung der schwersten der verwirkten Einzelstrafen zu bilden ist“ [18]). Nicht die angedrohten, sondern die verwirkten Einzelstrafen bilden somit die Grundlage der Gesamtstrafe. Nach oben hin sind derselben bestimmte absolute und relative Grenzen gesetzt; auf der anderen Seite muß ein bestimmtes Minimum erreicht werden. Abgesehen von Todes- und lebenslänglichen Freiheitsstrafen gilt dieses System bei allen Strafarten. Auf Nebenfolgen muß oder kann erkannt werden, wenn sie auch nur in einem der verletzten Gesetze angedroht sind (Art. 71). Für die Realkonkurrenz im weiteren Sinne trifft Art. 74 besondere Bestimmungen.

Abgesehen von der unklaren und mißglückten Regelung über das fortgesetzte Delikt (Art. 73) können wir den griechischen Entwurf als durchaus gelungen bezeichnen. — — —

Der schweizerischen Strafgesetzgebung ist zwar die Unterscheidung zwischen idealem und realem Zusammentreffen mehrerer Delikte bekannt; die Mehrzahl der Gesetze legt jedoch dieser Unterscheidung keine praktische Bedeutung bei. Im einzelnen ergibt sich folgende Regelung:

Gleiche Bestimmungen für Ideal- und Realkonkurrenz ordnen an die Strafgesetze von Thurgau (§ 51), Waadt (Art. 64), Graubünden (§ 52), Neuenburg (Art. 30), Aargau (§ 36), Wallis (Art. 75/78), Schaffhausen (§ 75), Glarus (§ 42), Zürich (§ 64), Zug (§ 40), Appenzell A.-Rh. (§ 49), Schwyz (§ 42) und St. Gallen (Art. 38). Bestritten ist, ob Art. 33 Abs. 1 des Bundesstrafgesetzes von 1853 auch die Idealkonkurrenz umfaßt; die Praxis bejaht dies [19]). Bei der Bestrafung bildet die Strafdrohung des schwersten Delikts die Grundlage, während die übrigen Delikte als Straferhöhungs- oder Strafschärfungsgründe berücksichtigt

[18]) Art. 70; zitiert nach der Uebersetzung von Demetrius G. Venturas, Berlin 1928.

[19]) vgl. Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, 1926, § 79, II. — —Entsch. d. Bundesger. 34 I, 121 u. 40 I, 446.

werden. So ordnen die Gesetze von Wallis, Appenzell A.-Rh., St. Gallen die Geltung des Asperationsprinzips ohne Festsetzung einer Höchstgrenze an, während Thurgau, Waadt, Aargau, Schaffhausen, Zürich, Schwyz und das Bundesstrafgesetzbuch nur ein Hinaufgehen über das Maximum der schwersten Strafdrohung bis zur Hälfte gestatten. Mitunter ist der Richter auch ermächtigt, zu einer schwereren Strafart überzugehen [20]). Genf allein ordnet das Absorptionsprinzip an [21]), Graubünden dagegen huldigt einem modifizierten Kumulationsprinzip.

Eine verschiedene Regelung der beiden Konkurrenzarten verordnen die Gesetzbücher von Bern (Art. 58, 59), Obwalden (Art. 32), Luzern (Art. 73, 74), Solothurn (§ 54), Basel-Stadt (§ 44, 45), Neuenburg (Art. 89/91), Tessin (Art. 64) und auch das neue Strafgesetzbuch von Freiburg (Art. 46, 47) [22]). Bei der Idealkonkurrenz gilt das Absorptionsprinzip; nur Solothurn und Obwalden schreiben den übrigen verletzten Gesetzen innerhalb des ordentlichen Strafrahmens eine straferhöhende Wirkung zu [23]). Bei realkonkurrierenden Delikten ist eine Erweiterung des Strafrahmens nach oben hin vorgesehen. Gewöhnlich herrscht das Asperationsprinzip: mitunter wird jedoch auch kumuliert [24]).

Einzelne Gesetze bringen besondere Bestimmungen über das fortgesetzte Delikt [25]). Sie stellen dabei teils auf die Einheitlichkeit des Entschlusses, teils auf die Gleichartigkeit des Erfolgs ab. —

Wenn wir zum Schlusse noch die einzelnen Entwürfe, die der Arbeit an der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechts entsprungen sind, einer näheren Betrachtung unterziehen, so finden wir, daß schon der Entwurf von 1893 in Art. 41 von dem Fall spricht, daß „jemand wegen mehrerer mit Freiheitsstrafe bedrohten Verbrechen in Untersuchung" steht. In den Motiven [26]) erfahren wir von dem Verfasser Karl Stooß, daß die mehreren Verbrechen sowohl „durch eine gleichzeitige", als auch durch eine „zeitlich unterbrochene verbrecherische Tätigkeit" begangen sein können: im übrigen sei sich die Wissenschaft

---

[20]) Näheres bei Stooß, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, 1892, S. 419.

[21]) vgl. Art. 39: „En cas de concours . . . la peine la plus forte sera seule prononcée".

[22]) vgl. Schoetensack, Ger. S. 89, 154.

[23]) Luzern (§ 74) verschärft die auf das schwerste Verbrechen gesetzte Strafe um ein Viertel.

[24]) Näheres bei Stooß a. a. O. S. 421.

[25]) Schaffhausen (§ 74), St. Gallen (Art. 37), Luzern (§ 73 Ziff. 3 und § 76).

[26]) Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs, 1893, I, S. 79.

über den Begriff und das Wesen der beiden Konkurrenzformen noch nicht einig, es soll daher nur die praktische Seite des Verhältnisses ins Auge gefaßt werden [27]). Dementsprechend wurde auch im Vorentwurf von 1903 und auch von 1908 eine Fassung gewählt, aus der keinerlei Schlüsse über die Beurteilung der Idealkonkurrenz gezogen werden können [28]).

Im Vorentwurf von 1916 erfahren Ideal- und Realkonkurrenz eine verschiedene Behandlung. Neben dieser ganz verfehlten Regelung entbehrt auch das Strafsystem jeder Folgerichtigkeit, wenn bei Hauptstrafen das Absorptionsprinzip, bei Nebenstrafen dagegen das Kumulationsprinzip angeordnet ist [29]).

In § 63 des Entwurfs 1918 ringt sich wieder die richtige Auffassung durch: Beide Konkurrenzarten werden einheitlich behandelt, ohne daß jedoch zugegeben wird, daß in der Idealkonkurrenz eine Mehrheit von Verbrechen verkörpert ist.

Das Strafsystem der schweizerischen Entwürfe ist — abgesehen vom Entwurf 1916 — ein vorbildliches: der Richter hat die schwerste verwirkte Strafe zu ermitteln und dieselbe alsdann zu erhöhen. Das Maximum der höchsten Strafe darf dabei höchstens um die Hälfte überschritten werden [30]). Leider kommt das obligatorische Asperationsprinzip nur bei Freiheitsstrafen, nicht auch bei Geldstrafen zur Anwendung: letztere werden mangels besonderer Vorschriften kumuliert [31]). Auf Nebenstrafen und andere Maßnahmen kann stets erkannt werden, wenn sie in einem der verletzten Gesetze angedroht sind. —

Das gemeinsame Merkmal der bisher genannten Gesetzbücher bestand in der Gleichbehandlung beider Konkurrenzarten. Wir gehen nun zu der Gruppe von Gesetzen über, welche die Idealkonkurrenz trotz Beurteilung als Verbrechensmehrheit einer anderen Behandlung unterwerfen als die Realkonkurrenz.

Das ist zunächst der Fall im schwedischen Strafgesetzbuch von 1864, welches im 4. Kapitel die Verbrechenskonkurrenz behandelt. § 1 befaßt sich mit der Idealkonkurrenz und § 2 dieses Kapitels mit

---

[27]) Bei den Verhandlungen der Expertenkommission im Jahre 1893 (S. 259) bejaht Stooß nochmals, daß der Artikel auch die Idealkonkurrenz umfaßt.

[28]) vgl. Art. 52 VE. 1903 und Art. 56 VE. 1908: „Hat jemand durch eine oder mehrere Taten mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, . ."

[29]) vgl. Coenders, Idealkonkurrenz, S. 51.

[30]) vgl. auch Botschaft zum Entwurf eines schweizer. Strafgesetzbuchs v. 1918, S. 25.

[31]) vgl. P. Merkel a. a. O. S. 367. Anm. 4.

der Realkonkurrenz. Die Idealkonkurrenz wird richtig als ein Zusammentreffen mehrerer Verbrechen in einer Handlung bezeichnet [32]); die Folgen aus dieser Beurteilung werden jedoch nicht gezogen. Die strengste Strafe kommt allein zur Anwendung; die übrigen verletzten Gesetze werden lediglich bei der Strafzumessung als erschwerende Umstände berücksichtigt [33]). Amtsentziehung und Nebenstrafen (Kap. II, §§ 15, 17, 20) werden stets auferlegt, wenn nur eines der konkurrierenden Verbrechen damit bedroht ist.

Die Strafen realkonkurrierender Delikte werden kumuliert. Bei zeitigen Freiheitsstrafen darf jedoch gemäß §§ 5 und 6 eine bestimmte Grenze nicht überschritten werden, so daß also bei langen Freiheitsstrafen praktisch das Absorptionsprinzip zur Anwendung kommt. Mit Recht weist Merkel [34]) darauf hin, daß der schwere Verbrecher dadurch bedeutend besser wegkommt, als derjenige, der nur einige unbedeutende Straftaten begangen hat. Todes- und lebenslängliche Freiheitsstrafen absorbieren die übrigen Strafen (§ 4). — Die Realkonkurrenz im weiteren Sinne erfährt in den §§ 2 und 9 eine Regelung, die mit den hier aufgestellten Grundsätzen nicht übereinstimmt.

Beim fortgesetzten Delikt ist nach § 3 die Handlungsmehrheit als erschwerender Umstand zu berücksichtigen; eine genauere Definition dieser Verbrechensart fehlt jedoch. —

Erfreulicherweise ordnet der Entwurf Thyrén vom Jahre 1916 klar und einfach eine völlige Gleichbehandlung beider Konkurrenzarten an; das Strafsystem dieses Entwurfs kann jedoch nicht befriedigen [35]). — —

Schwedischer Einfluß macht sich im Strafgesetzbuch Finnlands vom Jahre 1889 bemerkbar. „Sind durch eine und dieselbe Handlung mehrere Verbrechen verübt worden, so ist nur auf eine Strafe in allgemeiner Strafart zu erkennen, aber der Umstand, daß es mehrere Verbrechen sind, als erschwerend in Betracht zu ziehen [36]). Die Idealkonkurrenz wird zwar auch hier als Verbrechensmehrheit beurteilt, dennoch herrscht das Absorptionsprinzip. Nur bei der Strafzumessung werden die übrigen Delikte berücksichtigt.

---

[32]) Kapitel IV, § 1: „Wenn eine Handlung mehrere Verbrechen in sich enthält, . . .“ — vgl. auch P. Merkel a. a. O. S. 340.

[33]) Bei Konkurrenz von Amtsdelikten mit anderen Delikten gilt das Kumulationsprinzip — vgl. Uppström in d. Strafgesetzgeb. d. Gegenwart, Bd. 1, S. 260.

[34]) P. Merkel a. a. O. S. 364.

[35]) vgl. Coenders, Idealkonkurrenz, S. 57.

[36]) Kap. VII, § 1; zitiert nach der Uebersetzung von Oehqvist, Berlin 1891.

Der in § 3 für realkonkurrierende Delikte angeordnete Grundsatz kommt nur bei Geldstrafen zu reiner Durchführung (§ 6). Bei den übrigen Strafarten (Todes-, lebenslängliche und zeitige Freiheitsstrafen) gelten gemäß §§ 4 und 5 ähnliche Grundsätze wie im schwedischen Recht.

Das fortgesetzte Verbrechen wird zwar als Verbrechenseinheit betrachtet[37]; dennoch ist „der Umstand, daß das Verbrechen fortgesetzt ward, als erschwerend in Betracht zu ziehen". — — —

Das belgische Strafgesetzbuch von 1867 trennt die gleichartige eintätige Konkurrenz von beiden Arten der mehrtätigen Konkurrenz und unterwirft beide einer verschiedenen Behandlung, obwohl sich aus dem Wortlaut des Art. 65[38] mit Sicherheit schließen läßt, daß die Idealkonkurrenz als Verbrechensmehrheit beurteilt wurde. Die Tatsache, daß trotzdem das Absorptionsprinzip zur Anwendung gelangte, führte in der Wissenschaft sehr häufig zu ihrer Beurteilung als Verbrechenseinheit[39].

Bei der Behandlung realkonkurrierender Delikte wird die zu harte Wirkung des Kumulationsprinzips abgeschwächt, ohne daß die übertriebene Milde des reinen Absorptionsprinzips zur Herrschaft gelangen würde. Zusammentreffende Verbrechen werden nach einem modifizierten Absorptionsprinzip bestraft: das die schwerste Strafdrohung enthaltende Gesetz kommt allein zur Anwendung; jedoch darf bei travaux forcés, détention à temps und reclusion das Maximum dieser Strafdrohung um fünf Jahre überschritten werden (Art. 62). Im übrigen werden verschiedene Systeme befolgt. Bei mehreren konkurrierenden Vergehen werden die Strafen gehäuft, ohne daß jedoch die doppelte Höhe des Maximums der schwersten Strafdrohung überschritten werden darf (Art. 60). Dieselben Grundsätze gelten, wenn Vergehen mit Uebertretungen konkurrieren (Art. 59). Die Strafen mehrerer Uebertretungen werden unbeschränkt kumuliert (Art. 58). — — —

Abgesehen von einigen unbedeutenden Aenderungen finden wir im Strafgesetzbuch Luxemburgs von 1879 eine wörtliche Wiederholung der Bestimmungen Belgiens. — — —

Das spanische Strafgesetzbuch von 1870 ordnet in Art. 88 für

---

[37]) vgl. § 3 desselben Kapitels.

[38]) „Lorsque le même fait constitue plusieurs infractions, la peine la plus forte sera seule prononcée".

[39]) vgl. Heinemann a. a. O. S. 123 und die dort angeführte Literatur — vgl. z. B. auch Coedseels, Commentaire du Code Pénal Belge, 1928, Art. 65.

die Realkonkurrenz ein modifiziertes Kumulationsprinzip an: Grundsätzlich werden alle Strafen vollstreckt, die schwersten zuerst; die Strafe darf jedoch den dreifachen Betrag der verwirkten höchsten Strafe und jedenfalls die Dauer von 40 Jahren nicht übersteigen.

Artikel 90 [40]) bestimmt sodann ausdrücklich, daß diese Vorschriften auf die Idealkonkurrenz nicht angewendet werden dürfen, obwohl dieselbe vom Gesetzgeber richtig als Verbrechensmehrheit beurteilt wird [41]). Hier soll nur „diejenige Strafe im Höchstmaße zur Anwendung kommen, welche dem schwersten Verbrechen entsprechen würde" [42]); es herrscht das Absorptionsprinzip.

Die Entwürfe weichen nicht wesentlich von diesen Vorschriften ab. — — —

Auch China ist hier zu erwähnen. Während das alte chinesische Strafgesetzbuch überhaupt keine Bestimmungen über die Idealkonkurrenz enthielt [43]), bestimmt das heute geltende Gesetz vom Jahre 1912 in § 26: „Wenn die Ausführung oder der Erfolg eines Verbrechens ein anderes Verbrechen hervorbringt, so wird nach dem schwersten Verbrechen erkannt" [44]). Der Fall, daß eine Handlung mehrere Gesetzesverletzungen nach sich zieht, wird zwar als Verbrechensmehrheit beurteilt — auch die Ueberschrift des ganzen Abschnittes bestätigt das —, dennoch kommt lediglich die strengste Strafdrohung zur Anwendung.

Bei der Bestrafung realkonkurrierender Delikte hat sich der Gesetzgeber grundsätzlich für das Asperationsprinzip entschieden. Daneben findet aber auch das Kumulationsprinzip Anwendung [45]).

Das fortgesetzte Delikt wird in § 28 als Verbrechenseinheit betrachtet. — ·

Der Entwurf von 1919 stellt im IX. Kapitel gleichfalls verschiedene Bestimmungen für Ideal- und Realkonkurrenz auf. Sein Strafsystem weicht nicht wesentlich von dem des geltenden Rechts ab [46]). — — —

Zahlreich sind die Länder, welche die Idealkonkurrenz fälschlicherweise lediglich als ein Zusammentreffen mehrerer verletzter Strafgesetze und damit als Verbrechenseinheit auffassen.

---

[40]) „Las disposiciones del articulo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos ó más delitos".

[41]) vgl. P. Merkel a. a. O. S. 340, Anm. 1.

[42]) zitiert nach der Uebersetzung von Hartwig, Berlin 1909.

[43]) vgl. Heinemann a. a. O. S. 129.

[44]) zitiert nach der Uebersetzung von Michelsen, 1913.

[45]) vgl. auch Michelsen in Ztschr. f. d. ges. Strafrechtsw. Bd. 35, S. 493.

[46]) Näheres s. Revue pénitentiaire 1921, S. 206.

Hierher gehört zunächst Frankreich. Im code pénal von 1810 ist zwar das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen überhaupt nicht geregelt; diese Lücke sucht jedoch der code d'instruction criminelle auszufüllen, indem er in Art. 365, Abs. 2 bestimmt: „En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée". Diese Bestimmung, die in prozessualer Hinsicht durch Art. 379 ergänzt wird, enthält ohne Zweifel nicht nur formelles, sondern auch materielles Recht: beim Zusammentreffen von Verbrechen oder Vergehen soll nur auf eine Strafe erkannt werden.

In der französischen Literatur und Praxis ist allgemein anerkannt, daß sich diese Bestimmung nur auf die Realkonkurrenz bezieht[47]). Eine Handlung kann nur eine Strafe nach sich ziehen. „Le principe de raison ‚non bis in idem' ne permet pas d'appliquer, en même temps, deux qualifications pour le même fait"[48]).

Die Bestrafung realkonkurrierender Verbrechen und Vergehen erfolgt nach dem Absorptionsprinzip. In „übertriebener Reaktion gegen die verkehrte Auslegung der römischen Bestimmungen unter der Herrschaft des älteren Rechts"[49]) wird dieses Prinzip in seiner schroffsten Form angewendet; nicht nur bei Freiheitsstrafen, sondern auch bei Geldstrafen, nicht nur bei den Strafdrohungen des Strafgesetzbuches, sondern auch in den Nebengesetzen, soweit dieselben nicht besondere Bestimmungen enthalten. Eine Ausnahme bilden lediglich die Uebertretungen, bei denen das Kumulationsprinzip gilt. —

Der im letzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts erschienene Entwurf eines französischen Strafgesetzbuchs erinnert sehr stark an das System des belgisch-luxemburgischen Strafrechts. Zum ersten Male tritt uns hier in der Gesetzgebung Frankreichs der Gegensatz von Ideal- und Realkonkurrenz entgegen. Beide Konkurrenzarten werden als Verbrechensmehrheit beurteilt, dennoch findet bei der Idealkonkurrenz das Absorptionsprinzip Anwendung[50]). Bei realkonkurrierenden Verbrechen herrscht gleichfalls das Absorptionsprinzip; fakultativ ist hier jedoch auch Asperation zugelassen: die Strafe des schwersten Verbrechens kann bis um die Hälfte erhöht werden (Art. 88). Treffen Verbrechen mit Vergehen oder Uebertretungen zusammen, so kommt

---

[47]) vgl. z. B. Garraud, Précis de droit criminel, 1907, S. 408, u. d. bei Heinemann a. a. O. S. 110 angeführte Literatur.

[48]) Garraud a. a. O. S. 408.

[49]) Rivière in Strafgesetzg. d. Gegenw., Bd. 1, S. 443.

[50]) vgl. Art. 91: „Lorsque le même fait constitue plusieurs infractions, la peine la plus forte sera seule prononcée".

das Absorptionsprinzip zur Anwendung (Art. 87). Die Strafen mehrerer Vergehen werden kumuliert (Art. 85); das gleiche gilt bei zusammentreffenden Vergehen und Uebertretungen, jedoch darf hier der doppelte Höchstbetrag der schwersten Strafe nicht überschritten werden (Art. 86). — Obwohl der Entwurf sein Ziel — Reduktion der schwereren Strafen — erreicht, kann man von ihm nicht behaupten, daß er sich durch besondere Einfachheit auszeichnet[51]). — — —

Dem rumänischen Strafgesetzbuch ist ebenso wie seinem Vorbilde, dem französischen code pénal, der Begriff der Idealkonkurrenz unbekannt: eine Handlung kann nur ein Verbrechen, folglich auch nur eine Strafe nach sich ziehen.

Im Falle der Realkonkurrenz mehrerer Delikte befolgt das Gesetz in Art. 40 gleichfalls die milden Grundsätze des französischen Rechts und ordnet das Absorptionsprinzip an[52]). Sind die Delikte verschiedener Art und mit verschiedenen Strafen bedroht, so ist nur die härteste Strafe zu vollziehen; konkurrieren gleichartige, mit gleicher Strafart bedrohte Delikte miteinander, so hat das Gericht das Maximum der Strafe zu bestimmen[53]). — — —

Auch dem englischen Recht ist das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen in einer Handlung unbekannt. In der Wissenschaft herrscht die Ansicht, daß beim Vorliegen einer einzigen Handlung immer nur von dem Konkurrieren mehrerer Gesetze die Rede sein könne[54]). Schon die Bezeichnung dieser Fälle („Merger" = Untertauchen, Verschmelzung) beweise das.

Bei realkonkurrierenden Delikten werden die Strafen nach dem Grundsatz quot delicta tot poenae ohne jegliche Einschränkung gehäuft. Nach Verbüßung der ersten Strafe wird die zweite vollstreckt. Verständlich ist, daß die englische Praxis diesem veralteten System entgegengetreten ist; in dem berühmten Prozeß Wilke wurde es auf Grund der Plenarentscheidung des Gerichtshofs von Westminster dem Richter freigestellt, anzuordnen, daß beide Strafen nicht nacheinander, sondern gleichzeitig vollstreckt werden[55]). Allerdings wird dadurch dem Täter eine unverdiente Vergünstigung zuteil; „man vermeidet die Scylla der Kumulation, gerät aber in die Charybdis der Absorption[56]).

---

[51]) vgl. auch P. Merkel a. a. O. S. 379.
[52]) vgl. Missir in Strafgesetzg. d. Gegenw., Bd. 1, S. 344.
[53]) vgl. Heinemann a. a. O. S. 120.
[54]) vgl. Schuster in Strafgesetzg. d. Gegenw., Bd. 1, S. 631.
[55]) vgl. Lammasch, Allgem. österr. Ger.-Ztg., Jahrgang 30 Nr. 8, S. 30 — Schuster a. a. O. S. 633.
[56]) P. Merkel a. a. O. S. 327.

Die englischen Entwürfe bringen nur Bestimmungen über die Realkonkurrenz, ohne allerdings besonders zu bemerken, die Idealkonkurrenz solle eine andere Behandlung erfahren. Das Strafsystem der beiden ersten Entwürfe spottet jeder Kritik: das Kumulationsprinzip wird an Härte sogar noch übertroffen, wenn in Sect. 15 des Entwurfs von 1878 bestimmt wird, daß das Strafmaximum beim Zusammentreffen zweier mit imprisonment bis zu zwei Jahren bedrohter Delikte sieben Jahre, beim Zusammentreffen dreier derartiger Delikte vierzehn Jahre penal servitute beträgt. Zwei Strafen, auf penal servitute lautend, werden kumuliert; ist die Summe höher als zwanzig Jahre, so verwandelt sich die Freiheitsstrafe in eine lebenslängliche. An dieser unverständlichen Regelung hält auch der Entwurf von 1879 fest (Sect. 17). Erst der Entwurf von 1880 kehrt in Sect. 454 zum Kumulationsprinzip zurück, das er in einigen Fällen sogar beträchtlich reduziert [57]).

Das fortgesetzte Delikt wird im englischen Recht nicht als Verbrechenseinheit betrachtet; jede einzelne Handlung wird besonders bestraft. — — —

Aus dem Art. 38, § 1,[58]) des portugiesischen Strafgesetzbuchs von 1886 läßt sich mit Sicherheit schließen, daß der Gesetzgeber die Idealkonkurrenz nur als Verbrechenseinheit auffaßt. Besondere Bestimmungen über die Bestrafung fehlen.

Bei realkonkurrierenden Delikten ist nach Art. 102, falls es sich um mit derselben Strafe bedrohte Delikte handelt, auf die um einen Grad schwerere Strafe zu erkennen; gibt es eine solche nicht, so muß die Dauer der Strafe mindestens die Hälfte des Maximums der schwersten Strafe erreichen. Sind die Delikte mit Strafen verschiedener Art bedroht, so wird die schwerste Strafart unter Verschärfung angewendet. Geldstrafen werden stets kumuliert [59]). — — —

Besonders deutlich ist im niederländischen Strafgesetzbuch von 1881 ersichtlich, wie sich der Gesetzgeber bei der Beurteilung der Idealkonkurrenz von der falschen Vorstellung, es handle sich nur um Gesetzeskonkurrenz, leiten ließ und dementsprechend das Absorptions-

---

[57]) vgl. Lammasch a. a. O. S. 30 — P. Merkel a. a. O. S. 368, 381/2.

[58]) „Wenn dieselbe Handlung in zwei oder mehreren gesetzlichen Bestimmungen vorgesehen ist und danach bestraft wird, als bilde sie verschiedene Verbrechen, so ergibt sich nicht die Häufung von Verbrechen" (zitiert nach der Uebersetzung v. Zander, Berlin 1903).

[59]) J. J. Tavares de Medeiros in Strafgesetzg. d. Gegenw., Bd. 1, S. 547.

prinzip vorschrieb[60]). Dort heißt es in Art. 55: „Fällt eine Handlung unter mehr als eine Strafbestimmung, so kommt nur diejenige Bestimmung zur Anwendung, welche die schwerste Hauptstrafe androht“[61]). Weiter liegt nach Art. 55 nur eine Verbrechenseinheit vor, wenn eine Handlung unter eine allgemeine und unter eine besondere Strafbestimmung fällt, und wenn mehrere Handlungen in solcher Verbindung stehen, daß sie als eine fortgesetzte Handlung angesehen werden. Merkwürdigerweise hat hier der Richter die Freiheit, auch verschiedene Verbrechen zu einem fortgesetzten Delikt zusammenzufassen[62]).

In den Fällen der Realkonkurrenz kennt das Gesetzbuch bei Verbrechen ein gemäßigtes Kumulationssystem[63]). Es wird auf eine Gesamtstrafe erkannt, die insofern begrenzt ist, als die Summe der verwirkten Einzelstrafen nicht erreicht und außerdem die schwerste Einzelstrafe höchstens um ein Drittel überschritten werden darf (Art. 57 und 58). Lebenslängliche Gefängnisstrafe absorbiert andere Strafen (Art. 59). Bei Uebertretungen werden die Strafen stets gehäuft (Art. 62). — Diese Bestimmungen finden nach Art. 63 auch dann Anwendung, wenn jemand nach einer Verurteilung aufs neue wegen einer vor derselben begangenen strafbaren Handlung verurteilt wird. — — —

Während der älteren italienischen Strafgesetzgebung der Begriff der Idealkonkurrenz überhaupt unbekannt war, nahm das heute geltende Gesetz von 1889 seinem toskanischen Vorbild entsprechend[64]) eine Bestimmung auf, aus der sich mit Sicherheit der Schluß ziehen läßt, daß die Idealkonkurrenz der Gesetzes- und nicht der Verbrechenskonkurrenz zugerechnet wird[65]). Dennoch sind die italienischen Schriftsteller über das Wesen derselben verschiedener Meinung[66]). Die Bestrafung erfolgt nach dem Absorptionsprinzip. In Art. 77 finden wir eine Bestimmung, die nach Stephan[67]) dazu dienen

---

[60]) Heinemann a. a. O. S. 121.

[61]) zitiert nach der amtlichen Uebersetzung von 1881 (Valt een feit in meer dan ééne strafbepaling, dann . . .).

[62]) Auch bei der Strafzumessung wird von einer Verschiedenheit der Strafbestimmungen gesprochen; vgl. P. Merkel a. a. O. S. 347.

[63]) Hamel in Strafgesetzgebg. d. Gegenw., Bd. 1, S. 196.

[64]) Art. 81 d. Strafgesetzbuchs v. Toskana v. J. 1853.

[65]) Art. 78: „Colui che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge, è punito seconto la disposizione che stabilisce la pena più grave“.

[66]) vgl. die bei P. Merkel a. a. O. S. 341 angeführte Literatur.

[67]) Stephan, Strafgesetzbuch f. d. Königreich Italien, 1890, Anm. 6 zu Art. 77.

soll, einer willkürlichen Ausdehnung der in Art. 78 geregelten Idealkonkurrenz vorzubeugen.

Die Bestrafung realkonkurrierender Delikte erfolgt nach einem eigenartigen, äußerst komplizierten System. Zunächst werden die einzelnen verwirkten Strafen festgesetzt und aus ihnen wird eine Gesamtstrafe gebildet, indem der schwersten der verwirkten Einzelstrafen ein bestimmter Bruchteil der Gesamtdauer der verwirkten minder schweren Strafen zugefügt wird. Keine Anwendung findet dieses System bei der Kerkerstrafe, da diese nur lebenslänglich verhängt wird (Art. 12 und 67)[68]. Mit Recht spricht Merkel[69] bei diesem System von einer rein „mechanischen Straffestsetzung, verbunden mit manchmal recht komplizierten Rechenaufgaben", wobei der Richter nicht den geringsten Spielraum hat. Geldstrafen werden bis zu einem bestimmten Höchstbetrag kumuliert (Art. 75).

Das fortgesetzte Delikt wird in Art. 79 als Verbrechenseinheit betrachtet. —

Der Vorentwurf von 1921 spricht im 3. Kapitel von dem für mehrere Verbrechen Verantwortlichen, ohne jedoch über die weiteren Voraussetzungen Angaben zu machen. Aus dem Art. 21, Ziff. 15, des 2. Kapitels, der von demjenigen spricht, welcher con un medesimo fatto mehrere Gesetze verletzt, ergibt sich jedoch mittelbar, daß im 3. Kapitel nur die Realkonkurrenz behandelt wird. Praktisch ist diese verfehlte begriffliche Gliederung ziemlich bedeutungslos, da doch eine gleiche Behandlung vorgesehen ist[70]. Grundsätzlich erfolgt die Bestrafung nach dem Absorptionsprinzip; die übrigen verletzten Gesetze verbieten jedoch als Umstände di maggiore pericolosità ein Herabgehen unter ein bestimmtes Minimum. Nicht mittels arithmetischer Formeln, sondern mittels eines Gesamturteils über die verschiedenen persönlichen und sachlichen Verhältnisse hat das Gericht die endgültige Sanktion der jeweiligen Gefährlichkeit des für mehrere Verbrechen Verantwortlichen anzupassen[71]. Geldstrafen werden kumuliert, jedoch darf ein bestimmter Höchstbetrag nicht überschritten werden. — — —

Die Gesetzgebung im zaristischen Rußland hat nie Bestimmungen über die Idealkonkurrenz aufgestellt; in den Motiven zum Strafgesetzbuch von 1903 wurde jedoch ausdrücklich von ihr als von einer Ver-

[68]) nur die Dauer der Einzelhaft erhöht sich hier.
[69]) P. Merkel a. a. O. S. 363.
[70]) Coenders, Idealkonkurrenz, S. 57.
[71]) vgl. Denkschrift zum Vorentwurf zu einem italienischen Strafgesetzbuch, Rom 1921, S. 252.

brechenseinheit gesprochen[72]). Diese Beurteilung der Idealkonkurrenz und vor allem ihre Nichtberücksichtigung im Gesetz wurde in Literatur und Judikatur heftig angegriffen — jedoch ohne Erfolg[73]).

Realkonkurrierende Delikte wurden grundsätzlich nach dem Absorptionsprinzip bestraft. Die Motive[74]) führen dazu aus, ein wiederholt betätigter Verbrecherwille lasse nicht unbedingt auf eine größere Gefährlichkeit und Verdorbenheit des Willens schließen. Grundlage der Bestrafung bildete jedoch nicht die schwerste Strafdrohung, sondern die nach Art und Maß schwerste verwirkte Einzelstrafe; dieselbe konnte nach Art. 60 bis zum Maximum der für diese Straftat angedrohten Strafe erhöht werden, ohne daß jedoch die Summe der verwirkten Einzelstrafen überschritten werden durfte. —

Im Gegensatz zum alten Recht brachte das Strafgesetzbuch Sowjetrußlands vom Jahre 1922 besondere Bestimmungen über die Idealkonkurrenz. Von der verfehlten Beurteilung derselben konnte es sich jedoch nicht trennen und es schreibt demnach auch die Anwendung des Absorptionsprinzips vor. — Die Bestrafung realkonkurrierender Delikte erfolgt gemäß § 30 nach dem fakultativen Asperationsprinzip: für jedes einzelne Delikt wird eine Strafe ausgeworfen; die schwerste derselben kann bis zum Höchstmaß der entsprechenden Strafdrohung erhöht werden. Eine Vorschrift, die ein Ueberschreiten der Summe der verwirkten Einzelstrafen verbieten würde, finden wir nicht[75]).

Das heute geltende Strafgesetzbuch von 1926 hat sich den modernen Gesetzbüchern angeschlossen und bringt eine Gleichbehandlung beider Konkurrenzarten mit sich. Ideal- und Realkonkurrenz werden gemäß Art. 49 nach dem Absorptionsprinzip bestraft: „Der Täter wird zwar nach jedem einzelnen Gesetz schuldig gesprochen, verurteilt aber nur nach demjenigen, welches die schwerste Sanktion vorsieht“[76]). — —

Die Entwürfe des allgemeinen Teils eines polnischen Strafgesetzbuchs, die im Jahre 1922 in die Oeffentlichkeit gelangten, unterscheiden gleichfalls zwischen dem Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und dem mehrerer Straftaten. Im ersten Fall herrscht das Absorptionsprinzip: die Strafe ist nach dem strengsten Gesetz zu bestimmen; auf Nebenstrafen und Sicherungsmaßregeln kann auch er-

---

[72]) vgl. Gretener, Ger. 67, 97.

[73]) durch die Strafrechtsverordnung des Oberbefehlshabers Ost v. 14. V. 1917 wurde übrigens der § 73 des Deutschen Strafgesetzbuchs als § 66a in das Russische Strafgesetzbuch eingeschoben.

[74]) Gretener a. a. O. S. 101.

[75]) Maklezow in „Das Recht Sowjetrußlands“, 1925, S. 380.

[76]) Maurach in Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw., Bd. 48, S. 340.

kannt werden, wenn sie in einem der übrigen verletzten Gesetze angedroht sind[77]). — Kommen dagegen mehrere strafbare Handlungen gleichzeitig oder nacheinander zur Aburteilung, so ist auf eine Gesamtstrafe zu erkennen, die weder die Summe der verwirkten Einzelstrafen, noch das gesetzliche Maximum der schwersten Strafdrohung mehr als um die Hälfte übersteigen darf. Treffen Todesstrafe und Freiheitsstrafen einerseits, Geldstrafen andererseits zusammen, so werden zwei getrennte Gesamtstrafen gebildet. Nebenstrafen und Sicherungsmaßregeln werden durch die Gesamtstrafe nicht absorbiert.

Auch im ungarischen Strafgesetz von 1878 ist die Idealkonkurrenz ausdrücklich von den Fällen der Verbrechenskonkurrenz ausgeschlossen. Der betreffende § 95 lautet: „Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Bestimmungen des Strafgesetzes verletzt, so kommt nur jene Bestimmung zur Anwendung, welche die schwerste Strafe, bezw. die schwerste Strafart androht“[78]).

Realkonkurrierende Delikte werden grundsätzlich nach dem Absorptionsprinzip bestraft. Fakultativ ist jedoch Asperation zugelassen: beim Zusammentreffen mehrerer Vergehen untereinander oder Vergehen und Uebertretungen kann die auf die schwerste strafbare Handlung gesetzte Freiheitsstrafe um ein Jahr erhöht werden (§ 97). Konkurriert ein Verbrechen mit anderen strafbaren Handlungen, so kann die auf das Verbrechen gesetzte Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren (§ 98), und beim Vorliegen mehrerer Verbrechen bis zu fünf Jahre verlängert werden; die Dauer der Freiheitsstrafe darf jedoch nie fünfzehn Jahre übersteigen (§ 100). Geldstrafen werden kumuliert. — — —

Weiter ist das bulgarische Strafgesetzbuch von 1896 hier zu erwähnen. Die Idealkonkurrenz wird in Art. 63 als Verbrechenseinheit beurteilt: es kommt nur dasjenige Gesetz zur Anwendung, welches die schwerste Strafe androht. Das gleiche gilt, wenn eine Person mehrere strafbare Handlungen, oder dieselbe strafbare Handlung mehrmals begangen hat; das Gericht kann jedoch die schwerste Strafe bis zu einem Jahr erhöhen, wenn diese Zuchthaus ist, bis zu sechs Monate bei Gefängnis, bis zu einem Monat bei Haft. Eine Geldstrafe kann höchstens verdoppelt werden. Nie darf jedoch die so erhöhte Strafe die Summe der Einzelstrafen übersteigen[79]). — — —

---

[77]) vgl. Garraud, Les Avant-projets Polonais de 1922 sur la partie générale d'un code pénal, 1924, S. 99 — — Makarewicz, Schweizer Zeitschr. f. Strafrecht, Bd. 53, S. 172.

[78]) zitiert nach der amtlichen Uebersetzung von 1910.

[79]) vgl. Schischmanow in Strafgesetzgeb. der Gegenw., Bd. 2, S. 488.

In Jugoslawien fehlt noch ein einheitliches Strafgesetz; es blieben daher in den einzelnen Teilen des Landes die alten Strafrechtsordnungen in Geltung. Das serbische Strafgesetzbuch vom Jahre 1860 schließt sich bei der Regelung der Idealkonkurrenz seinem Vorbild, dem preußischen Strafgesetzbuch von 1851 an und rechnet dieselbe nicht zur Verbrechenskonkurrenz[80]). — Wenn dagegen jemand mehrere Verbrechen begangen hat, so wird eine Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip gebildet.

Der Entwurf von 1910 hat zwar die verschiedene Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz beibehalten[81]); aus der Ueberschrift des 7. Kapitels („Zusammentreffen mehrerer Straftaten"), sowie aus dem Wortlaut des § 66 („Wer durch eine Handlung mehrere Verbrechen begeht, . . ."[82])) läßt sich jedoch mit Sicherheit schließen, daß die Idealkonkurrenz hier als Verbrechensmehrheit beurteilt wird. Dennoch soll das Absorptionsprinzip Anwendung finden. — Realkonkurrierende Delikte sollen nach § 67, soweit zeitige Freiheitsstrafen zusammentreffen, nach dem obligatorischen Asperationsprinzip bestraft werden. Geldstrafen dagegen werden stets kumuliert (§ 68). — — —

Das neue türkische Strafgesetzbuch von 1926 trifft in dem Abschnitt „Zusammentreffen mehrerer Straftaten und Strafen" eine Regelung, die sehr wenig von den Prinzipien der modernen Gesetzbücher beeinflußt ist. Ideal- und Realkonkurrenz werden verschieden behandelt. Erstere wird nach dem Wortlaut des Gesetzestextes[83]) als Verbrechenseinheit und damit lediglich als Gesetzeskonkurrenz betrachtet. Dementsprechend kommt auch das Absorptionsprinzip zur Anwendung.

Realkonkurrierende Delikte werden mit einer Gesamtstrafe belegt, die nach dem Asperationsprinzip gebildet wird; nur Geldstrafen werden kumuliert, ohne daß jedoch „die Höchstgrenze der höchsten Geldstrafe" überschritten werden darf (§ 76). Diese Bestimmungen finden nach § 77 auch dann Anwendung, wenn jemand nach der ersten Aburteilung wegen einer vor derselben begangenen anderen Straftat abermals abgeurteilt werden muß. — — —

In dem Strafgesetzbuch von New York vom Jahre 1881 ist unsere

---

[80]) Heinemann a. a. O. S. 128.
[81]) vgl. auch Subotitsch in DJZ. 1912, S. 195.
[82]) zit. nach d. Uebersetzg. v. Topalovits u. Landsberg, 1911.
[83]) vgl. § 79: „Wer durch die gleiche Tat verschiedene Gesetzesbestimmungen verletzt, wird nach der Bestimmung bestraft, welche die schwerste Strafe festsetzt" (Uebersetzt von Ziemke, 1927).

Materie sehr dürftig geregelt. § 677 bestimmt, daß eine Handlung oder Unterlassung, welche auf Grund verschiedener Gesetzesbestimmungen in mehrfacher Hinsicht verboten und strafbar ist, nach jeder dieser Bestimmungen, doch nicht nach mehr als einer bestraft werden kann. Zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz wird überhaupt kein Unterschied gemacht; in beiden Fällen kommt nur eine Bestimmung zur Anwendung [84]).

Kommen dagegen mehrere Verbrechen zur Aburteilung, so ist es ganz selbstverständlich, daß auch mehrere Strafen verhängt werden; eine gesetzliche Anordnung der Geltung des Kumulationsprinzips ist nicht nötig. Nur über die Reihenfolge der einzelnen Strafen sind in den §§ 694 und 695 besondere Bestimmungen getroffen. — — —

Auch die mittel- und südamerikanischen Staaten beurteilen die Idealkonkurrenz größtenteils als Verbrechenseinheit. Peru, Columbien verwerfen eine besondere Regelung dieser Selbstverständlichkeit; andere Staaten dagegen treffen besondere Bestimmungen, lassen jedoch durch die Fassung des Gesetzestextes keinen Zweifel über ihre Beurteilung entstehen. So sagt das neue Strafgesetzbuch von Venezuela vom Jahre 1926 [85]): „El que con un mismo hecho viole varias disposiciones legales, . . .“ und der Art. 105 des argentinischen Strafgesetzbuchs von 1921 lautet: „Cuando varias disposiciones penales sean aplicables al mismo hecho, . . .“ [86]). Eine Ausnahme bildet nur das Strafgesetz von Chile (1889), das in Art. 75 von dem Fall spricht, daß „eine einzige Tat zwei oder mehr Delikte darstellt“ [87]). — Die Bestrafung erfolgt grundsätzlich nach dem Absorptionsprinzip: es wird nur auf eine Strafe erkannt, die demjenigen Gesetz zu entnehmen ist, das die schwerste Strafdrohung enthält. In wenigen Ländern (Guatemala, Costarica) werden auch die übrigen verletzten Gesetze straferhöhend oder strafschärfend berücksichtigt. —

Die Strafen realkonkurrierender Delikte werden grundsätzlich gehäuft; jedoch finden wir in Anbetracht der praktisch oft unmöglichen reinen Durchführung dieses Prinzips in fast allen Staaten gewisse Einschränkungen. So schreibt Brasilien in Art. 66 des Gesetzes von 1890 vor, daß derjenige, welcher mehrere verschiedenartige strafbare Handlungen begangen hat, sämtliche verwirkte Einzelstrafen erleidet; über-

[84]) vgl. P. Merkel a. a. O. S. 340.
[85]) vgl. Art. 98.
[86]) Aehnliche Bestimmungen enthalten auch die Gesetze v. Costarica (1924) in Art. 165, Ecuador (1890) in Art. 76 u. a.
[87]) zitiert nach der Uebersetzung von Hartwig, 1900.

steigt jedoch die Summe der Freiheitsstrafen die Dauer von 30 Jahren, so wird die Strafe am Ende des dreißigsten Jahres für verbüßt erachtet [88]). Aehnliche Bestimmungen trifft Costarica in Art. 166 und 167; Chile schreibt in Art. 74 zwar Auferlegung sämtlicher verwirkter Strafen vor, dieselben sollen jedoch, falls möglich, auf einmal verbüßt werden. Ecuador bestimmt in Art. 70 und 71, daß beim Zusammentreffen von Vergehen und Uebertretungen oder von Vergehen untereinander Geld- und Freiheitsstrafen zwar zusammengezählt, der doppelte Betrag des Höchstmaßes jedoch nicht überschritten werden darf. In Guatemala darf die Gesamtdauer mehrerer Gefängnisstrafen nicht die doppelte Dauer der längsten Einzelstrafe und jedenfalls 30 Jahre nicht übersteigen [89]). — Auch bei Geldstrafen wird das Kumulationsprinzip nicht rein durchgeführt [90]).

Mitunter kommt auch das Absorptionsprinzip zur Anwendung. So schließt in Mexiko die Todesstrafe jede andere Strafe aus (Art. 215) und in Columbien sind zwar sämtliche verwirkten Strafen im Urteil anzuführen, neben der Todesstrafe kommt jedoch nur eine daneben etwa noch erkannte Geldstrafe zur Vollstreckung (Art. 131). Verhältnismäßig selten finden wir die Anordnung des Schärfungsprinzips: Mexiko bestimmt in Art. 207 und 208 des Gesetzes von 1871, daß beim Zusammentreffen von Vergehen und Uebertretungen oder von Vergehen untereinander nur die Strafe des größten Vergehens verhängt wird; dieselbe kann jedoch bis um ein Drittel erhöht werden und in besonders schweren Fällen kann eine Verschärfung durch besonders aufgezählte Mittel angeordnet werden. In Peru wird nach Art. 45 beim Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen auf eine Gesamtstrafe erkannt, die in einer Verschärfung der schwersten verwirkten Einzelstrafe besteht; ähnliche Bestimmungen gelten in Argentinien (Art. 108), Columbien (Art. 133) und Venezuela (Art. 86 ff.). —

Manche Länder [91]) haben besondere Bestimmungen über das fortgesetzte Delikt aufgestellt; dasselbe wird allgemein nur als Verbrechenseinheit betrachtet und demgemäß auch bestraft [92]). — — —

Endlich ist hier noch das japanische Strafgesetzbuch vom Jahre 1907 zu nennen, welches in enger Anlehnung an den französischen code pénal die Idealkonkurrenz als Gesetzeskonkurrenz beur-

[88]) vgl. Crusen in Strafgesetzg. d. Gegenw., Bd. 2, S. 183.
[89]) vgl. Saravia in Strafgesetzg. d. Gegenw., Bd. 2, S. 149.
[90]) vgl. z. B. Argentinien (Art. 109), Costarica (Art. 167), Venezuela (Art. 96).
[91]) Mexiko (Art. 28), Argentinien (Art. 107), Venezuela (Art. 99).
[92]) Venezuela ordnet Strafschärfung an.

teilt und demzufolge auch in § 54 bestimmt, daß „auf die schwerere Strafe zu erkennen" ist, „wenn eine Handlung gegen mehrere Straftatbestände verstößt" [93]).

Bei realkonkurrierenden Delikten kommt das Absorptionsprinzip zur Anwendung, wenn auf Todesstrafe oder auf lebenslängliches Zuchthaus zu erkennen ist (§ 46). Bei zeitigen Freiheitsstrafen kommt nach § 47 das Schärfungsprinzip zur Anwendung. Treffen Geldstrafen allein zusammen, so können sie wohl, müssen aber nicht kumuliert werden; treffen sie mit anderen Strafen zusammen, so müssen die einzelnen Strafen nebeneinander ausgesprochen werden (§ 48).

IV. Regelung der Materie in den deutschen Strafgesetzentwürfen.

Nachdem wir die Regelung der Konkurrenzlehre in der deutschen und auch ausländischen Gesetzgebung untersucht haben und dabei für Deutschland in Anbetracht der dringenden Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts sehr weitgehende Aenderungen vorgeschlagen haben, wollen wir zum Schlusse noch prüfen, wieweit diese Vorschläge bereits in den Entwürfen zu einem Deutschen Strafgesetzbuch erfüllt sind [1]).

1. Der Vorentwurf von 1909.

Die aus praktischen Juristen bestehende Kommission, welche ihren Auftrag vom Jahre 1906, einen formulierten Vorentwurf zu einem neuen Deutschen Strafgesetzbuch auszuarbeiten, im Jahre 1909 durch Veröffentlichung des Entwurfs nebst Begründung vollendete, konnte sich noch nicht zu einer Gleichbehandlung beider Konkurrenzarten durchringen [2]). Bei der Bestrafung ist es vielmehr von erheblicher Bedeutung, ob die mehreren Tatbestandsverwirklichungen durch eine oder durch mehrere Handlungen herbeigeführt worden sind, ohne daß jedoch besondere Bestimmungen über die Abgrenzung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit aufgestellt werden würden. Diese Abgrenzung kann nach der Begründung [3]) nur auf Grund sachgemäßer tatsächlicher Beurteilung

---

[93]) zitiert nach d. Uebersetzung v. Loenholm.

[1]) vgl. zum folgenden auch die Tübinger Diss. von Meisterernst: „Ueber Ideal- und Realkonkurrenz".

[2]) v. Liszt billigt natürlich diese Regelung, vgl. Z.St.W. Bd. 30, S. 276 ff.

[3]) Begr. VE. S. 369.

des einzelnen Falles erfolgen; gesetzliche Regelungen sind überflüssig und für das freie richterliche Ermessen gefährlich.

Der § 90 des Vorentwurfs, der die Idealkonkurrenz behandelt, lautet: „Verletzt eine Handlung mehrere Strafgesetze, so ist die Strafe aus dem Gesetz zu bestimmen, das die schwerste Strafe, bei ungleichen Strafarten die schwerste Strafart androht. Nebenstrafen und sichernde Maßnahmen sind hierbei nicht zu berücksichtigen. Auf sie muß oder kann erkannt werden, wenn sie in einem der verletzten Gesetze vorgeschrieben oder zugelassen sind." Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, sowie aus der Ueberschrift des ganzen Abschnitts „Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbarer Handlungen" geht hervor, daß die Verfasser des Entwurfs die Idealkonkurrenz nicht als Verbrechensmehrheit und damit als Verbrechenskonkurrenz, sondern lediglich als Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze betrachten. Die Begründung [4]) betont besonders, daß es sich hier um ein wirkliches Zusammentreffen mehrerer verletzter Gesetze handelt. Streng zu scheiden von dieser echten Gesetzeskonkurrenz sei die scheinbare oder unechte Gesetzeskonkurrenz, bei der sich aus Inhalt, Zweck und Stellung der Gesetze im Gesetzestexte ergebe, daß es sich nur um ein scheinbares Zusammentreffen mehrerer Gesetze handle, und wo es nur darauf ankomme, dasjenige Gesetz zu finden, das die Tat erschöpfend nach allen rechtlichen Gesichtspunkten würdige. Die echte Gesetzeskonkurrenz dagegen verlange eine Untersuchung der Tat auf Grund sämtlicher Gesetze, deren Tatbestände verwirklicht worden seien; nur der Umstand, daß nur eine Handlung und damit nur ein Verbrechen vorliege, bringe es mit sich, daß nur auf eine Strafe erkannt werde [5]). Das Gesetz gebe die Antwort auf die Frage, wie diese Strafe gefunden werde. Durch die Fassung des Gesetzestextes [6]) will der Entwurf noch besonders zum Ausdruck bringen, daß die konkurrierenden Gesetze nur in Ansehung ihrer Strafdrohungen, nicht dagegen auch hinsichtlich ihrer tatbestandlichen Bestimmung verdrängt werden.

Die Bestrafung soll ebenso wie im geltenden Recht nur auf Grund desjenigen Gesetzes erfolgen, welches die schwerste Strafe androht. Der Entwurf will, obwohl er großen Wert darauf legt, daß die Verurteilung

---

[4]) Begr. VE. S. 378/9.

[5]) Binding (Ger. S. 77,7) bezeichnet es als schweren methodischen Fehler, daß der Entwurf die Gesetzeskonkurrenz mit der echten Verbrechenskonkurrenz so unklar zusammenfließen läßt.

[6]) vgl. § 90 VE.: „. . so ist die Strafe aus dem Gesetz zu bestimmen, welches . . ." anders § 73 StGB.: . . ., so kommt nur dasjenige Gesetz zur Anwendung, welches . . .".

auf Grund sämtlicher Gesetze erfolgt, daß bei der Bestrafung die leichteren Gesetze unberücksichtigt bleiben, so daß ein oft nicht unbeträchtlicher Ueberschuß an Schuld überhaupt keine rechtliche Würdigung findet. Wenn die Begründung [7]) zur Rechtfertigung dieser Regelung ausführt, die Strafrahmen in den einzelnen Gesetzen seien so weit gegriffen, daß die Strafe regelmäßig ausreichend bemessen werden könne, außerdem aber widerspreche auch das Asperationsprinzip dem allgemeinen Rechtsempfinden, welches dem natürlichen Billigkeitsgefühl folgend das Hauptgewicht auf die Einheit der Tat lege, so dokumentiert sie damit ihre Abhängigkeit von der abstrakten Theorie der Gesetzeskonkurrenz, die zwar hinsichtlich ihrer logischen Richtigkeit bejaht werden muß, die jedoch den praktischen Bedürfnissen nicht genügen kann. — Zu besonders unbilligen Ergebnissen muß diese Regelung bei der gleichartigen Idealkonkurrenz führen, denn hier bleibt die Erkenntnis, daß mehrere Gesetzesverletzungen zusammentreffen, vollständig unbeachtet. Die Einheit der Strafe ist nach der Begründung [8]) eine Folge der Einheit der Handlung; die Frage, aus welchem Gesetz die Strafe zu bestimmen sei, bereite keine Schwierigkeiten, denn es sei ja nur ein Strafgesetz verletzt.

Weiter soll auch in Zukunft sich die Schwere einer Strafdrohung in erster Linie nach der Strafart richten, so daß also praktisch oft statt der tatsächlich härteren Strafe eine mildere verhängt wird [9]). Die schweren Bedenken, die gegen diese Regelung sprechen, werden von der Begründung [10]) nicht beseitigt, wenn sie ausführt, dieselben seien nur theoretischer Natur and hätten in der Praxis noch nie zu Unerträglichkeiten geführt.

Sodann verbietet auch der Entwurf dem Richter nicht, unter das Minimum des milderen Gesetzes herunterzugehen, sofern das nach dem Minimum des strengeren Gesetzes möglich ist. Die Konkurrenz eines anderen Delikts kann damit auch in Zukunft unter Umständen strafmildernd wirken [11]).

Neben dieser unzulänglichen Regelung dürfen wir doch auch eine Verbesserung nicht unerwähnt lassen. Nebenstrafen und sichernde Maßnahmen scheiden bei der Feststellung des strengsten Gesetzes aus. Auf sie kann oder muß erkannt werden, wenn sie nur in einem der milderen Gesetze zugelassen, bezw. vorgeschrieben sind. Damit wird

---

[7]) Begr. VE. S. 384/5.
[8]) Begr. VE. S. 383.
[9]) vgl. Dohna a. a. O. S. 415.
[10]) Begr. VE. S. 386.
[11]) vgl. Dohna a. a. O. S. 415 — Begr. VE. S. 385.

der Grundsatz der Verdrängung der milderen Gesetze durch das strengste in einer Weise durchbrochen, wie sie schon lange von allen Seiten gefordert wurde. —

Im Gegensatz zur Idealkonkurrenz können wir bei der Regelung der Realkonkurrenz erhebliche Fortschritte feststellen. § 91 des Vorentwurfs, der vom Zusammentreffen mehrerer Freiheitsstrafen spricht, sanktioniert das Prinzip der Gesamtstrafe in richtiger Erkenntnis der Unbilligkeiten, die sich aus einer uneingeschränkten Durchführung des Kumulationsprinzips ergeben würden[12]). Der Richter hat zunächst die verwirkten Einzelstrafen auszuwerfen und aus ihnen, wie im geltenden Recht, durch Erhöhung der schwersten Einzelstrafe um mindestens eine Strafeinheit die Gesamtstrafe zu bilden. Der Strafrahmen, der sich so ergibt, ist weit genug, um allen Bedürfnissen gerecht zu werden. Vorschläge Merkels[13]), die auf eine weitere Ausdehnung dieses Rahmens hinzielen, werden durch ein praktisches Bedürfnis nicht gerechtfertigt; außerdem würde dem freien richterlichen Ermessen dadurch ein zu weiter Spielraum gewährt werden.

Erfreulicherweise will der Entwurf der verwickelten Vielgestaltigkeit des geltenden Strafsystems insofern ein Ende bereiten, als er die Anwendung des Asperationsprinzips bei allen zeitigen Freiheitsstrafen vorschreibt. Haftstrafen, und damit auch die wegen Uebertretungen verwirkten Strafen, werden in Zukunft weder beim Zusammentreffen untereinander, noch mit anderen Strafen kumuliert. Einer im Interesse der Billigkeit schon lange aufgestellten Forderung entsprach der Entwurf durch diese Regelung. — — Volle Zustimmung verdient ferner die Bestimmung, nach der beim Zusammentreffen von Gefängnis und Haft nicht unbedingt die Gefängnisstrafe als schwerste Strafart Einsatzstrafe sein muß, sondern daß hier in erster Linie die längere Dauer maßgebend ist, wie sie sich bei der Umrechnung nach Maßgabe des in § 25 des Entwurfs aufgestellten Wertmessers ergibt. Dadurch wird vermieden, daß die Gesamtstrafe niederer ausfällt, als die umgerechnete Zusatzstrafe[14]). Eine entsprechende Vorschrift beim Zusammentreffen von Zuchthaus mit anderen Strafen ist insofern nicht nötig, als der Täter diese schwere Strafart ohnehin schon verwirkt hat und seine Strafzeit andererseits hinsichtlich der leichteren Strafart eine nicht unerhebliche Kürzung erfährt[15]).

---

[12]) vgl. Dohna a. a. O. S. 418 — Kantorowicz a. a. O. S. 327 ff.
[13]) P. Merkel a. a. O. S. 409.
[14]) vgl. Dohna a. a. O. S. 421.
[15]) vgl. Dohna a. a. O. S. 421.

Die Dauer der Gesamtstrafe darf den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen und 15 Jahre nicht übersteigen. Nebenstrafen und sichernde Maßnahmen erfahren die gleiche Behandlung wie bei der Idealkonkurrenz.

Leider unterwirft der Entwurf die Geldstrafen einer anderen Behandlung: Dieselben sollen nach § 92 beim Zusammentreffen untereinander und mit anderen Strafarten kumuliert werden. Die Begründung gibt zwar zu, daß auch die Geldstrafen bei Häufung an Schwere für den Verurteilten zunehmen und daß sie ihn unter Umständen wirtschaftlich ruinieren können[16]); der Richter habe jedoch die Möglichkeit, bei der Strafzumessung diese Härten abzuschwächen. Nach § 30 des Entwurfs sei bei der Bemessung der Geldstrafe auf die Vermögensverhältnisse des Verurteilten zu achten: wenn mehrere Geldstrafen nebeneinander zu verhängen seien, so werden diese unter Berücksichtigung ihrer Gesamtwirkung auf die wirtschaftliche Lage des Verurteilten festgesetzt und so das, was die Gesamtstrafe anstrebe, auf einfacherem Wege erreicht. Dem Richter wird dadurch — wie Dohna[17]) mit Recht bemerkt — gewissermaßen die Anweisung erteilt, die Mehrzahl der begangenen Straftaten als Privilegierungsgrund für die einzelnen Straftaten anzusehen[18]).

§ 93 des Entwurfs stellt eine Wiederholung der Vorschriften des § 79 StGB. dar. Diese Regelung ist grundsätzlich zu billigen; vermißt wird nur eine genauere Bestimmung des Ausdrucks „früheren Verurteilung". Die Vorschriften über Realkonkurrenz können nur bei den Delikten zur Anwendung kommen, die vor der Verkündung des ersten Urteils begangen wurden; eine Ausdehnung auch auf diejenigen strafbaren Handlungen, die nach erfolgter Aburteilung verübt wurden, würde der ratio legis widersprechen[19]).

Wenn der Entwurf in § 91 von „mehreren strafbaren Handlungen", und nicht von „mehreren selbständigen Handlungen" (vgl. § 74 StGB.), spricht, so will er dadurch nicht etwa zum Ausdruck bringen, daß die Vorschriften der §§ 91/93 auch in den Fällen der scheinbaren Realkonkurrenz Anwendung finden sollen, wie es z. B. Merkel[20]) hinsichtlich des fortgesetzten Delikts fordert. Nur die durch mehrere selbständige Handlungen verübten Delikte werden von dieser Regelung

[16]) Begr. VE. S. 392.
[17]) Dohna a. a. O. S. 418.
[18]) vgl. hier auch Köhler, Studien, S. 43 — Kohler in Goltd. Archiv, Bd. 56, S. 294 ff. — Nagel, DJZ. 15,557.
[19]) a. A. Dohna a. a. O. S. 418.
[20]) P. Merkel a. a. O. S. 308 f., 322.

betroffen. Nach Gründen, die den Gesetzgeber zu dieser Aenderung in der Textierung veranlaßt haben, suchen wir vergebens; allerdings hat, wie die Begründung[21]) mit Recht ausführt, in der deutschen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtslehre bisher nur die durch selbständige Handlungen begründete mehrtätige Konkurrenz Anerkennung gefunden, dadurch erübrigt sich aber doch nicht die Hervorhebung dieses grundlegenden Unterscheidungsmerkmals. Irrtümern und falschen Auslegungen muß nach Möglichkeit vorgebeugt werden.

2. Der Gegenentwurf von 1911.

Der von den Professoren Goldschmidt, Kahl, v. Lilienthal und v. Liszt aufgestellte Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs, der im Jahre 1911 in die Oeffentlichkeit gelangte, befaßt sich mit der Konkurrenzlehre in den §§ 99 ff. Wenn wir prüfen, inwieweit der Gegenentwurf hier seine Aufgabe, die Weiterführung der großen und wichtigen Reformarbeit zu erleichtern und zu beschleunigen, erfüllt hat, so kommen wir leider zu dem Ergebnis, daß derselbe trotz des entgegenstehenden Standpunkts verschiedener ausländischer Rechtsordnungen an der getrennten Behandlung von Ideal- und Realkonkurrenz festgehalten hat. Die auf eine gleichartige Regelung beider Konkurrenzarten ausgehenden Vorschläge[1]), die sich in der Wissenschaft nach dem Erscheinen des Vorentwurfs geltend machten, lehnt er ab mit der Begründung, für jeden, möge er zur Lehre von der Verbrechenskonkurrenz stehen wie er immer wolle, müsse e i n e Handlung leichter wiegen als mehrere[2]).

Die I d e a l k o n k u r r e n z wird ebenso wie im Vorentwurf als echte Gesetzeskonkurrenz betrachtet; die Beibehaltung der „schwerfälligen“[3]) Ueberschrift des Vorentwurfs bestätigt das. In der textlichen Fassung weicht der § 99 des Gegenentwurfs insofern von dem entsprechenden § 90 des Vorentwurfs ab, als er an Stelle der Worte „verletzt eine Handlung mehrere Strafgesetze“ folgenden Wortlaut wählt: „Fällt eine Handlung unter mehrere Strafgesetze“. Diese Aenderung ist auf Graf zu Dohna[4]) zurückzuführen, der darauf hinweist, daß man nicht gut von der Verletzung mehrerer Strafgesetze

---

[21]) Begr. VE. S. 392.
[1]) vgl. N a g e l, DJZ., Jahrg. 1910, S. 556 ff. — K a n t o r o w i c z a. a. O. S. 326 ff.
[2]) Begr. GE. S. 135 — v. L i s z t in Z.St.W. Bd. 30, S. 276 ff.
[3]) D o h n a a. a. O. S. 416/7.
[4]) D o h n a a. a. O. S. 416 ff.

reden könne, wenn man die Idealkonkurrenz nur als Gesetzeskonkurrenz ansehe. Wenn die Verfasser des Gegenentwurfs auf diesen Hinweis eingegangen sind, so ist das von ihrem Standpunkt aus betrachtet nur zu billigen.

Der Gegenentwurf streicht ferner in § 90 des Vorentwurfs die Worte „bei ungleichen Strafarten die schwerste Strafart". Dieser Zusatz sei — erklärt die Begründung [5]) — für den Gegenentwurf überflüssig. Schon nach geltendem Recht sei es sehr zweifelhaft, ob nicht das Gesetz, das die „schwerste Strafart" androhe, ohne weiteres ein Gesetz sei, welches die „schwerste Strafe" androhe; im Gegenentwurf sei der hier zu Zweifel Anlaß gebende § 25 des Vorentwurfs (§ 21 StGB.) gestrichen. Vor allem aber seien die Strafdrohungen des Gegenentwurfs derartig gegeneinander abgestuft, daß zwei Strafdrohungen, von denen die eine als schwerste Strafart eine gelindere Strafart mit höherem Höchstmaß androhe, überhaupt nicht vorkommen. Denkbar sei allerdings der Fall, daß von mehreren Gesetzen, deren eines oder mehrere verschiedene Hauptstrafarten androhen, das den höheren Höchstbetrag der schwereren Strafart androhende gleichzeitig eine mildere Strafart zulasse, die dem konkurrierenden Gesetz mit dem niedrigeren Höchstbetrag der schwereren Strafart unbekannt sei; in diesem Falle müsse jedoch die Unzulässigkeit der milderen Strafart als durch die Auslegung geboten angesehen werden, und daher habe der Gegenentwurf davon abgesehen, für diese Fälle Vorsorge zu treffen. — Diese Ausführungen dürften die Streichung der Stelle rechtfertigen; unumgänglich nötig ist es jedoch, daß sämtliche Nebengesetze dem Strafsystem des Gegenentwurfs angepaßt werden, da auch für sie die allgemeinen Vorschriften des Strafgesetzbuchs maßgebend sind. Diese Anpassung wird in Wirklichkeit mit nicht geringen Schwierigkeiten verbunden sein und es ist fraglich, ob sich diese ohne weiteres überwinden lassen. —

Bei der Realkonkurrenz huldigt der Gegenentwurf grundsätzlich dem Asperationsprinzip. Leider beseitigt er jedoch wieder eine Verbesserung, die der Vorentwurf mit sich gebracht hatte. Nach § 101 ist beim Zusammentreffen von Haft mit Gefängnis auf jede dieser Strafarten gesondert zu erkennen. Von der Begründung [6]) erfahren wir dazu, das Prinzip der Gesamtstrafe trete in Widerspruch zu dem vom Gegenentwurf festgehaltenen Charakter der Haft als custodia honesta; außerdem könne für den Verurteilten eine unerhörte Benach-

[5]) Begr. GE. S. 136/7.
[6]) Begr. GE. S. 140.

teiligung besonders dann eintreten, wenn kürzere Gefängnis- und längere Haftstrafen zusammentreffen.

Weiter hat auch der Gegenentwurf nicht der vielfach aufgestellten Forderung auf Ausdehnung des Prinzips der Gesamtstrafe auf Geldstrafen entsprochen (§ 102); begründet wird diese ablehnende Stellung mit der Behauptung [7]), das Motiv der Gesamtstrafe, die Intensität des Strafübels wachse in stärkerer Zunahme als seine Extensität, habe bei Geldstrafen jedenfalls nicht die Bedeutung wie bei Freiheitsstrafen [8]). Vor allem aber erübrige sich hier die Bildung einer Gesamtstrafe deshalb, weil die Bemessung der Geldstrafe unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu erfolgen habe. Leider wird dadurch auch wieder die vom Vorentwurf vorgesehene Ausdehnung des Asperationsprinzips auf Uebertretungen beseitigt, da der Gegenentwurf bei Uebertretungen keine Freiheitsstrafen kennt.

Der Gegenentwurf steht ebenso wie der Vorentwurf auf dem Standpunkt, daß die Gesamtstrafe nicht unbedingt in der schwersten Strafart zur Vollstreckung gelangen muß. Nur beim Zusammentreffen von Zuchthaus mit einer anderen Freiheitsstrafe ist die erstere Strafart stets als die schwerste Strafe anzusehen. Wenn dabei das beachtenswerte Verlangen Dohnas [9]) — als Einsatzstrafe möge diejenige der konkurrierenden Strafen verwendet werden, welche sich nach Umrechnung in Zuchthaus als die schwerste herausstelle, damit die Gesamtstrafe nicht niedriger ausfalle als eine der Zusatzstrafen — mit dem Hinweis auf das Fehlen eines Umrechnungsmaßstabes abgelehnt wird [10]), so können wir darauf nur erwidern, daß es unter keinen Umständen angänglich ist, daß aus rein äußerlichen, gesetzestechnischen Gründen die Beseitigung unbilliger Ergebnisse unterlassen wird. Zuzugeben ist allerdings, daß infolge der Erhöhung des Zuchthausminimums und der Herabsetzung des Maximums von Gefängnis und Haft (vgl. §§ 41/43 GE.) die Frage an praktischer Bedeutung verloren hat [11]).

In § 100 Abs. 2 werden für die Höchstbeträge der Freiheitsstrafen absolute Grenzen aufgestellt. Dieselben sind infolge der grundsätzlichen Herabsetzung der Maxima erheblich niedriger als im geltenden Recht und dürfen nur überschritten werden, wenn eine Einzelstrafe höher sein sollte. — Auf Nebenstrafen und sichernde Maßnahmen muß

---

[7]) Begr. GE. S. 138.
[8]) vgl. auch Kantorowicz a. a. O. S. 328.
[9]) Dohna a. a. O. S. 421.
[10]) Begr. GE. S. 142.
[11]) Begr. GE. S. 142.

oder kann erkannt werden, wenn sie in einem der mehreren Gesetze vorgeschrieben oder zugelassen sind (§ 100 Abs. 4).

§ 103 bringt für die Realkonkurrenz im weiteren Sinne die gleichen Bestimmungen wie das geltende Recht. Die Vorschläge Dohnas [12]), der die Anwendung dieser Vorschriften auch dann fordert, wenn die später abzuurteilende Straftat nach der früheren Verurteilung begangen wurde, sowie Köhlers [13]), der sogar dann eine der Gesamtstrafe entsprechende Reduktion der Einzelstrafen gewähren will, wenn eine erkannte Strafe zur Zeit der rechtskräftigen Aburteilung der zweiten bereits verbüßt ist, blieben mit Recht unbeachtet. —

Von einer Definition des fortgesetzten Delikts hat der Gegenentwurf abgesehen, obwohl eine solche von mehreren Schriftstellern [14]) verlangt wurde. Dagegen wird die gewerbs- oder gewohnheitsmäßige Begehung einer strafbaren Handlung in § 97 als allgemeiner Strafschärfungsgrund dem Rückfall an die Seite gestellt, obwohl diese qualifizierte Begehung nur bei einzelnen Gruppen von Delikten als Schärfungsgrund in Betracht kommen dürfte.

3. Der Kommissionsentwurf von 1913 und der Entwurf von 1919.

Im Jahre 1911 trat eine Kommission von Vertretern der Wissenschaft und von Praktikern zusammen, um unter Berücksichtigung der Kritik am Vorentwurf einen neuen Entwurf aufzustellen. Der aus den Beratungen dieser Kommission hervorgegangene „Entwurf der Strafrechtskommission (1913)" wurde jedoch nie veröffentlicht. Der Ausbruch des Weltkriegs verhinderte den Fortgang der Reformarbeiten; erst als im Jahre 1918 sich die kriegerischen Ereignisse ihrem Ende zuneigten, wurden die Arbeiten wieder aufgenommen und es entstand der Entwurf von 1919. Beide Entwürfe weichen in der Regelung der Konkurrenzlehre nicht sehr voneinander ab, so daß wir von einer gesonderten Betrachtung absehen können.

Zunächst fällt in den Entwürfen die kurze Abschnittsüberschrift auf: „Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen". Die Verfasser geben dadurch zwar zu, daß die beiden Konkurrenzarten nicht völlig zusammenhanglos nebeneinander stehen; dennoch beharren sie auf der bisherigen Regelung.

---

[12]) Dohna a. a. O. S. 418.
[13]) Köhler, Studien, S. 43.
[14]) Nagel in DJZ., Jahrg. 15, S. 555 ff. — Köhler, Studien, S. 42 — Ph. O. Mayer in DJZ., Jahrg. 15, S. 674/5.

In der Fassung der Bestimmungen über Idealkonkurrenz („Sind auf dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze anwendbar, . .") [1] spiegelt sich besonders deutlich die Erkenntnis wider, daß eine wirkliche Verletzung mehrerer Gesetze vorliegt [2]. Der methodische Fehler des Vorentwurfs [3] wird dadurch beseitigt: Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz fließen nicht mehr unklar zusammen. Die richtigen Folgerungen aus dieser Erkenntnis wurden jedoch nicht gezogen, wenn nur der Schuldspruch auf alle anwendbaren Strafgesetze ausgedehnt werden soll, bei der Bestrafung dagegen das Absorptionsprinzip vorgeschrieben ist. Die vom Gegenentwurf vorgeschlagene Beantwortung der Frage, aus welchem Gesetz die Strafe bestimmt werden soll, lehnen die vorliegenden Entwürfe ab und kehren zu dem Standpunkt des geltenden Rechts zurück, nach dem die Strafe aus dem Gesetz zu bestimmen ist, welches die schwerste Strafe und bei ungleichen Strafarten die Strafe schwerster Art androht. Berücksichtigt man die Schwierigkeiten, die durch die Regelung des Gegenentwurfs für die Nebengesetze entstehen, so kann man die Stellung der vorliegenden Entwürfe nur billigen.

Zu begrüßen ist es, daß die schon mehrfach erwähnte Kontroverse, was zu geschehen habe, wenn das anzuwendende schärfere Gesetz ein geringeres Strafminimum zuläßt als das nicht anzuwendende mildere Gesetz, in dem Sinne entschieden wird, daß unter das Minimum des milderen Gesetzes nicht herabgegangen werden darf. Die Strafe darf, wie die Denkschrift zu dem sehr schwer verständlichen Gesetzeswortlaut [4] näher ausführt, nach Art und Maß nicht leichter bemessen werden, als dies nach einem der anderen anwendbaren Gesetze zulässig wäre [5]. Damit ist einem in Wissenschaft und Praxis vielfach aufgestellten, berechtigten Verlangen stattgegeben worden.

Abgesehen von der Erweiterung der Bestimmungen über Nebenstrafen und Sicherungs- und Besserungsmaßregeln auch auf die übrigen Nebenfolgen [6] bringen die beiden Entwürfe keine Neuerungen. Zu bemerken ist nur noch, daß der Entwurf 1919 insofern von dem Kommissionsentwurf abweicht, als er nicht von der Anwendbarkeit mehrerer Strafgesetze auf „dieselbe Handlung", sondern auf „dieselbe Tat" spricht. Die Denkschrift äußert sich nicht über den Grund dieser an

---

[1] KE. § 39, — vgl. auch E. 1919, § 32.
[2] vgl. Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, S. 47.
[3] Binding, Ger. S. Bd. 77, S. 7.
[4] Gerland, Kritische Bemerkungen, S. 43.
[5] Denkschrift S. 47.
[6] vgl. § 39 Abs. 2 KE. und § 32 Abs. 2 E. 1919.

sich unbedeutenden Aenderung[7]), und auch hier erübrigen sich weitere Erörterungen, da diese Ausdrucksweise nicht nur in den Vorschriften über die Konkurrenz, sondern auch in den übrigen Gesetzesbestimmungen des Entwurfs vorkommt. —

Bei der Betrachtung der Bestimmungen über die Realkonkurrenz finden wir, daß sie keine wesentlichen Fortschritte aufzuweisen haben. Grundsätzlich wird das Prinzip der Gesamtstrafe beibehalten, wobei besonders zu begrüßen ist, daß demselben im Gegensatz zur lex lata und dem Vorentwurf auch die Uebertretungen wieder unterworfen werden[8]). Dagegen findet dieses Prinzip nicht bei allen Arten von Strafen Anwendung. So sollen Geldstrafen trotz der beachtenswerten Bedenken, die von verschiedenen Seiten geltend gemacht wurden, auch fernerhin nach dem reinen Kumulationsprinzip verhängt werden[9]), ohne daß diese Regelung in der Denkschrift[10]) irgendwie begründet werden würde. Auf Einschließung ist beim Zusammentreffen mit anderen Freiheitsstrafen gesondert zu erkennen[11]); aus mehreren Einschließungsstrafen ist eine Gesamtstrafe zu bilden. Begründet wird diese Regelung in der Denkschrift[12]) mit dem Hinweis, die Einschließung stehe als Strafe besonderer Art den übrigen Strafen gegenüber. Auf Haft ist stets gesondert zu erkennen[13]), weil diese Strafe — führt die Denkschrift aus[14]) —, die ja nur noch Ersatzstrafe für uneinbringliche Geldstrafen sei, nicht wohl anders behandelt werden könne als Geldstrafen.

Die Dauer der Gesamtstrafe kann auch bei Gefängnis die Höhe von 15 Jahren erreichen[15]). Diese Bestimmungen waren insofern erforderlich, als die Entwürfe wiederholt Gefängnis bis zu 10, ja bis zu 15 Jahren androhen.

Besonders anerkennenswert ist es, daß die Entwürfe bei der Regelung der Realkonkurrenz im weiteren Sinne ausdrücklich bestimmen, die später abzuurteilende strafbare Handlung müsse vor der Verkündung des früheren, auf Strafe lautenden Urteils begangen sein[16]).

[7]) vgl. auch Wachenfeld in Goltd. Archiv. Bd. 69, S. 215.
[8]) vgl. § 40 KE. und § 33 E. 1919.
[9]) § 42 KE. und § 35 E. 1919.
[10]) vgl. Denkschrift S. 48.
[11]) § 41 Abs. 1 KE., § 34 Abs. 1 E. 1919.
[12]) Denkschrift S. 48.
[13]) § 41 Abs. 2 KE., § 34 Abs. 2 E. 1919.
[14]) Denkschrift S. 48.
[15]) § 40 Abs. 2 KE., § 33 Abs. 2 E. 1919.
[16]) § 43 KE. und § 36 E. 1919.

Die alte Streitfrage, auf die wir schon so oft hingewiesen haben, ist dadurch endlich einmal begraben worden. Sonst sind hier keine Neuerungen zu verzeichnen. —

Im Gegensatz zu allen ihren Vorgängern bringen die beiden vorliegenden Entwürfe auch Bestimmungen über das fortgesetzte Delikt. § 44 des Kommissionsentwurfs [17]) lautet: „Bilden mehrere Taten einer Person eine fortgesetzte strafbare Handlung, so ist die Strafe unter Berücksichtigung des Umfanges der strafbaren Tätigkeit zu bemessen". Aus dieser Vorschrift ist sofort ersichtlich, daß der Gesetzgeber hier nicht etwa dem Verlangen einzelner Schriftsteller [18]), er möge die Voraussetzungen des fortgesetzten Delikts regeln, nachgekommen ist, sondern daß er lediglich die Rechtsfolgen, die beim Vorliegen eines solchen eintreten [19]), festgelegt hat. Die eigentliche Lösung des Problems, die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen man bei mehreren Handlungen von einem fortgesetzten Delikt sprechen kann, überlassen beide Entwürfe, wie ihre Vorgänger, der Wissenschaft und Praxis; wir suchen vergeblich nach der gesetzlichen Grundlage, von der die Denkschrift [20]) spricht. Eine solche ist in Wirklichkeit aber auch nicht erforderlich; es genügt, daß in der Rechtsprechung und fast allgemein in der Wissenschaft anerkannt ist, daß die Zusammenfassung mehrerer Handlungen, deren jede für sich schon den Verbrechenstatbestand erfüllt, zu einem fortgesetzten Delikt unter bestimmten Voraussetzungen statthaft ist. Die Rechtsfolgen aber, die hier aufgestellt werden, sind selbstverständlich und völlig überflüssig; die Bestimmungen sind weder theoretisch noch praktisch von irgendwelcher Bedeutung. Mit Recht bemerkt Gerland [21]), man müsse sich nur wundern, daß der Gesetzgeber Bestimmungen aufstelle, die nichts weiter bedeuten, als daß bei einem Verbrechen das ganze Verbrechen zur Strafbemessung heranzuziehen sei.

[17]) vgl. auch § 37 E. 1919.
[18]) vgl. z. B. Köhler, Studien, S. 42 — Ph. O. Mayer in DJZ., Jahrg. 15, S. 674 ff.
[19]) vgl. Gerland, Kritische Bemerkungen, S. 45.
[20]) Denkschrift S. 49.
[21]) Gerland, Kritische Bemerkungen, S. 45 — vgl. auch v. Liszt, S. 339 Anm. 2.

4. Der amtliche Entwurf von 1925.

Auf die Gestaltung der Strafrechtsreform war in der Nachkriegszeit von besonderem Einfluß die Entschließung der österreichischen Justizverwaltung, eine Angleichung des österreichischen an das deutsche Strafrecht herbeizuführen. Diese Angleichsbestrebungen kommen in dem zu Anfang des Jahres 1925 erschienenen amtlichen Entwurf zum Ausdruck. Besonders deutlich macht sich der österreichische Einfluß in dem Abschnitt bemerkbar, der von dem „Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen" spricht. Ideal- und Realkonkurrenz erfahren hier zum ersten Male in der deutschen Reichsgesetzgebung die gleiche Behandlung: „Sind auf dieselbe Tat mehrere Strafgesetze anwendbar oder hat jemand mehrere selbständige Taten begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, so ist nur auf eine Strafe zu erkennen" [1]). In radikaler Weise wird der Standpunkt der lex lata, sowie sämtlicher Entwürfe verworfen; die Ansicht der Schriftsteller [2]), die bei der Kritik des Vorentwurfs die Unhaltbarkeit der verschiedenen Regelung beider Konkurrenzarten betonen, erringt den Sieg. Von einer Begründung der Berechtigung dieser begrüßenswerten Neuerung können wir hier absehen, denn wir haben bisher schon zur Genüge ausgeführt, daß nur diese Regelung einem gerechten Ergebnis entspricht.

Der Entwurf will nicht den Unterschied zwischen Ideal- und Realkonkurrenz überhaupt beseitigen. Er könnte das auch gar nicht, denn der Gegensatz läßt sich nicht beseitigen. Auf der einen Seite mehrfache Verwirklichung von Gesetzestatbeständen durch e i n e Handlung, wobei lediglich eine Lücke im Gesetz die Betrachtung der strafbaren Handlung unter dem Gesichtspunkt einer einzigen Gesetzesbestimmung verhindert [3]), auf der anderen Seite mehrere Handlungen, die mehrere Gesetze verletzen und nur dadurch in einem gewissen Zusammenhang stehen, daß sie einheitlich abgeurteilt werden oder doch die Möglichkeit einer einheitlichen Aburteilung besteht: ein „Geschehen in der Wirklichkeit", nicht eine „begriffliche Vorstellung des Juristen" [4]); kein Gesetzgeber kann dasselbe beseitigen. Wenn Finger [5]) eine Aufhebung des Unterschieds zwischen Ideal- und Realkonkurrenz aus dem Grund

---

[1]) § 63 E. 1925.

[2]) N a g e l in DJZ., Jahrg. 15, S. 556 — K a n t o r o w i c z a. a. O. S. 416 ff.

[3]) vgl. auch W e g n e r in Aschrott — Liszt, Die Reform des Strafrechts, S. 181.

[4]) L o b e, Ger. S. 93, 118.

[5]) F i n g e r, Ger. S. 94, 37.

verlangt, weil der Begriff der Handlung ein juristischer und vom Gesetzgeber frei zu bestimmender sei, so beachtet er dabei zu wenig, daß auch bei der Definition dieses Begriffs zwecks Vermeidung von Unbilligkeiten, besonders bei der Realkonkurrenz, bestimmte Grenzen nicht überschritten werden dürfen. Ebenso geht auch Honig [6]) zu weit, wenn er verlangt, im Gesetz müsse jede Andeutung einer sachlichen Verschiedenheit zwischen beiden Konkurrenzarten vermieden werden [7]).

Der Entwurf stellt in § 63 der „Anwendbarkeit mehrerer Strafgesetze auf dieselbe Tat" das „Begehen mehrerer selbständiger Taten" gegenüber. Diese Ausdrucksweise kann nicht gebilligt werden, weil sie zu sehr die Anlehnung des Gesetzgebers an die hier bekämpfte Theorie der Gesetzeskonkurrenz, somit an eine Beurteilung der Idealkonkurrenz als Verbrechenseinheit zum Vorschein kommen läßt. Die Idealkonkurrenz verkörpert eine Verbrechensmehrheit; auch aus der Abfassung des Gesetzestextes muß das hervorgehen. Vorzuziehen ist hier der Vorschlag von Honig [8]), man möge in allen Fällen von der „Verletzung mehrerer Strafgesetze" reden.

Nicht erwähnt ist in dem Entwurf die gleichartige Idealkonkurrenz. Die Begründung sagt uns nicht, warum sie unberücksichtigt gelassen wurde. Erinnern wir uns an die Fülle von Konstruktionen, die bei der Behandlung dieser Konkurrenzform schon aufgestellt wurden, so können wir das Schweigen des Entwurfs unmöglich gut heißen. Dringend erforderlich ist es, daß der Gesetzgeber hier eine positive Bestimmung trifft, die inhaltlich nur in der Anordnung einer der ungleichartigen Idealkonkurrenz analogen Behandlung bestehen kann. Wir können daher den von Oetker [9]) in der Herbsttagung der deutschen Strafrechtlichen Gesellschaft des Jahres 1926 gestellten Antrag nur unterstützen.

Während wir bei dem Entwurf in seiner Grundeinstellung zur Konkurrenzlehre einen gewaltigen Fortschritt feststellen konnten, vermag sein Strafsystem nicht restlos zu befriedigen. In allen Fällen ist nur auf e i n e Strafe zu erkennen; die Bestimmung derselben erfolgt gemäß § 64 nach dem Gesetz, das die höchste Strafe oder, bei ungleichen Strafarten, die Strafe schwerster Art androht. Es sollen somit bei realkonkurrierenden Delikten nicht mehr wie bisher zunächst die verwirkten Einzelstrafen ausgeworfen und nach

---

[6]) H o n i g, Ger. S. 92 118 und „Studien zur natürlichen und juristischen Handlungseinheit", S. 42 ff.
[7]) vgl. auch E b e r m a y e r in Jur. Wochenschr. 1925, S. 2734.
[8]) H o n i g, Ger. S. 92, 118.
[9]) O e t k e r, Ger. S. 94, 42 — gl. A. daselbst auch K ö h l e r.

Vergleichung derselben eine Gesamtstrafe gebildet werden, sondern nur die in den verletzten Gesetzen in abstracto angedrohten Strafen sollen herangezogen und miteinander verglichen werden [10]). Die strengste Strafdrohung bildet, wie bei der Idealkonkurrenz nach der lex lata, die Grundlage der auszusprechenden Strafe. Liegen relativ bestimmte Strafdrohungen vor, so ist der Strafrahmen insofern begrenzt, als auf kein niedrigeres Strafmaß und auf keine leichtere Strafart erkannt werden darf, als sie nach den übrigen Gesetzen zulässig sind. Der Entwurf bekennt sich grundsätzlich als Anhänger des Absorptionsprinzips. Daneben spricht er jedoch auch dem Asperationsprinzip nicht jegliche Geltung ab: das angedrohte Höchstmaß der Strafe darf um die Hälfte überschritten werden; doch darf die Dauer einer zeitigen Freiheitsstrafe die Summe der angedrohten Höchststrafen und die Dauer von fünfzehn Jahren nicht übersteigen. Droht das schwerste Strafmaß mehrere Strafen (Geld- und Freiheitsstrafen) wahlweise oder nebeneinander an, so tritt nach der Begründung [11]) Erhöhung um die Hälfte bei allen ein. Bei der Ermittlung der Summe der Höchstmaße werden die einzelnen Höchststrafen ohne Rücksicht auf ihre Art zusammengerechnet.

Ohne vorher zu dieser Regelung Stellung zu nehmen, bemerken wir, daß natürlich diejenigen Schriftsteller, die die Gleichbehandlung beider Konkurrenzarten bekämpfen, auch dieses Strafsystem verwerfen. So sagt Gerland [12]) als Anhänger der Theorie von der Gesetzeskonkurrenz, es könne ebensowenig eine Verbrechenseinheit nach der Mehrheitsstrafe bestraft werden, als es möglich sei, eine Verbrechensmehrheit mit einer Einheitsstrafe zu belegen. Wachenfeld [13]) befürwortet die Strafregelung des § 64 zwar bei der Idealkonkurrenz; er will jedoch bei der Realkonkurrenz, daß zunächst die verwirkten Einzelstrafen ausgeworfen werden: dann erst könne eine Regel für die Gesamtstrafe in Betracht kommen. Neuerdings fordert auch Bürk [14]) auf Grund seiner Einstellung zur Idealkonkurrenz — es handelt sich weder um Verbrechens-, noch um echte Gesetzeskonkurrenz; es liegt vielmehr ein Fall der unechten Gesetzeskonkurrenz vor — grundsätzlich die Beibehaltung des Absorptionsprinzips und verwirft die „in wissenschaftlicher und praktischer Hinsicht eine Bankrotterklärung enthaltende, dem Bil-

---

[10]) Begr. E. 1925, S. 48.
[11]) Begr. E. 1925, S. 48.
[12]) Gerland, Der Entwurf 1925, S. 82 ff.
[13]) Wachenfeld in Goltd. Arch., Bd. 69, S. 363.
[14]) Bürk, Ueber das Wesen der Idealkonkurrenz.

ligkeitsgefühl und der Vernunft widersprechende Gleichbehandlung“ [15]) beider Konkurrenzformen [16]).

Auch diejenigen, welche Gleichbehandlung von Ideal- und Realkonkurrenz fordern, können sich nicht für das von dem Entwurf vorgeschlagene Strafsystem einsetzen [17]). Dem Richter ist es anheimgestellt, ob er die Strafe unter Anwendung des Absorptions-, oder des Asperationsprinzips bestimmen will; sein freies Ermessen hat einen Umfang erhalten, der der Willkür Tür und Tor offen läßt. Aufgaben des Gesetzgebers werden auf den Richter abgewälzt; die Meute der Streitfragen wird „in dem Sumpfe des richterlichen Ermessens ersäuft“ [18]). Die Bestimmungen beseitigen die Grundpfeiler des modernen Rechtsstaates: sie widersprechen dem Grundsatz der Teilung und Trennung der Gewalten. Zu beachten ist auch die übermäßige Belastung, die dem Richter auferlegt wird; außerdem wird sich niemals eine einheitliche Rechtsprechung herbeiführen lassen [19]). Alle diese Tatsachen fordern von dem Gesetzgeber, daß er zu den einzelnen Prinzipien Stellung nimmt und sich für die Anordnung eines derselben entschließt.

Daß das Absorptionsprinzip dem Wesen der Idealkonkurrenz nicht entspricht, haben wir oben schon zur Genüge ausgeführt. Stets wird hier ein gewisser Ueberschuß an Schuld ungesühnt bleiben. Noch weniger aber kann dasselbe bei realkonkurrierenden Delikten in Betracht kommen, bei denen doch eigentlich Häufung der Strafen am Platze wäre. Der Richter, der die Strafe lediglich auf Grund des die schwerste Strafdrohung enthaltenden Gesetzes aussprechen würde, ohne die übrigen Gesetze zu berücksichtigen, würde in unverantwortlicher Weise gegen den Geist des Gesetzes verstoßen. Selbst mit den durch übertriebene Milde sich auszeichnenden Grundsätzen gewisser Parteien bei der Verbrechensbekämpfung in der Nachkriegszeit läßt es sich nicht vereinbaren, daß von mehreren an verschiedenen Orten, zu verschiedenen Zeiten begangenen Delikten nur eines mit einer Strafe belegt wird, während alle übrigen ungesühnt bleiben. Das Absorptionsprinzip kann nicht in Frage kommen; allein am Platze ist vielmehr die Bildung einer Gesamtstrafe nach dem obligatorischen Asperationsprinzip. Dieses Strafsystem vermag bei der Idealkonkurrenz allein

---

[15]) vgl. S. 102.
[16]) vgl. auch Gleispach in Jur. Wochenschr., Jahrg. 1928, S. 2198.
[17]) vgl. auch Wach in DJZ., Jahrg. 30, S. 537.
[18]) Kantorowicz a. a. O. S. 327.
[19]) Gerland, Der Entw. 1925, S. 84 — Rich. Schmidt, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Anhang S. 19, Anm. 2.

dem inneren Gehalt krimineller Betätigung zu entsprechen[20]; das Mehr, der höhere Grad sittlicher und rechtlicher Schuld gegenüber der einmaligen Verwirklichung eines Tatbestandes wird so gesühnt. Dieser Ueberschuß ist, wie wir oben gesehen haben, bei allen Modifikationen ideeller Konkurrenz vorhanden; dadurch unterscheidet sich ja die echte Idealkonkurrenz von der nur scheinbaren Idealkonkurrenz (Gesetzeskonkurrenz). — Das Asperationsprinzip ist auch bei der Realkonkurrenz allein imstande, die Härten des aus kriminalpolitischen Gründen undurchführbaren Kumulationsprinzips zu beseitigen. Mit aller Entschiedenheit müssen wir daher vom Gesetzgeber fordern, daß er den weiten Spielraum des richterlichen Ermessens einschränkt und die obligatorische Anwendung des Asperationsprinzips sanktioniert[21]. Es mag zugegeben werden, daß manchmal trotz Vorliegens einer Verbrechensmehrheit das Verschulden des Täters nicht wesentlich schwerer ist, als wenn er nur ein Verbrechen begangen hätte; das rechtfertigt jedoch nicht eine nur fakultative Anordnung des Asperationsprinzips[22].

Die Gesamtstrafe darf aber nicht etwa, wie es der Entwurf vorsieht, auf den in abstracto angedrohten Strafen der verletzten Gesetze aufgebaut werden. Unumgänglich notwendig ist es vielmehr, daß für jedes der einzelnen Delikte, mögen diese ideal oder real konkurrieren, die entsprechende Strafe ausgeworfen wird; die Gesamtstrafe besteht in einer Erhöhung der schwersten der verwirkten Einzelstrafen um mindestens eine Strafeinheit. Nicht in dem System des § 73, sondern in dem des § 74 des Reichsstrafgesetzbuchs liegt die Lösung des Problems; nur so lassen sich billige, den praktischen Bedürfnissen entsprechende Ergebnisse herbeiführen, nur so werden die Schwierigkeiten, die bei der Frage nach der schwersten Strafdrohung entstehen, überwunden[23]. Wir können daher die Entschließung der deutschen Strafrechtlichen Gesellschaft nur billigen, wenn sie die Vorschriften des § 63 des Entwurfs nicht anerkennt, sondern auf Antrag Lobes eine Regelung empfiehlt, „nach der nicht nur bei real-, sondern auch bei idealkonkurrierenden Straftaten für jede zunächst die entsprechende Einzelstrafe ausgeworfen und daraus eine Gesamtstrafe gebildet wird"[24]. — — —

In § 64 Abs. 1 bestimmt der Entwurf, daß bei der Bildung der

[20]) Coenders in Deutsche Strafrechtsztg., Jahrg. 1914, S. 339.
[21]) vgl. auch Gerland, Der Entwurf 1925, S. 84.
[22]) a. A. Honig, Ger. S. 92, 120 — vgl. auch Lobe, Ger. S. 93, 130.
[23]) Lobe, Ger. S. 93, 128 ff.
[24]) vgl. Ger. S. 94, 41 ff.

Strafe auf kein niedrigeres Strafmaß und auf keine leichtere Strafart erkannt werden darf, als sie nach den übrigen Strafgesetzen zulässig sind. Diese Vorschrift ist bei dem Strafsystem, das der Entwurf vorschlägt, unerläßlich; es wird hier, wie in den Entwürfen von 1913 und 1919, der von verfehlter Rechtsprechung geschaffenen Ueberspannung der Exklusivität des strengsten Gesetzes die Spitze gebrochen [25]). Das hier vorgeschlagene Strafsystem würde eine solche Bestimmung natürlich überflüssig machen.

Nach § 65 muß oder kann auf Maßregeln der Besserung und Sicherung oder auf Geldstrafe wegen Gewinnsucht (§ 69 Abs. 1) erkannt werden, wenn sie auch nur wegen einer der Taten vorgeschrieben oder zugelassen sind. Bei unseren früheren Erörterungen haben wir schon auf die Notwendigkeit einer solchen Bestimmung hingewiesen; Nebenfolgen oder Nebenstrafen können, wenn sie nur in den leichteren Strafdrohungen enthalten sind, nicht einfach in Wegfall kommen [26]).

In § 64 Abs. 3 hat der Entwurf eine Vorschrift eingeführt, die zum mindesten bei der Realkonkurrenz, bei der sie ja in erster Linie gelten soll, unhaltbar ist [27]). „Auf Einschließung kann erkannt werden, wenn die Voraussetzungen hierfür auch nur bei einer der Taten vorliegen". Im Gegensatz zum Entwurf 1919 droht der Entwurf diese Strafe nicht mehr selbständig an, sondern er läßt sie als Vergünstigung an die Stelle von Zuchthaus oder Gefängnis treten, wenn das Motiv der Tat in einer sittlichen, religiösen oder politischen Ueberzeugung des Täters lag [28]). Wenn diese Voraussetzungen somit auch nur bei einer der strafbaren Handlungen vorliegen, dann kann der Richter nach freiem Ermessen die einheitliche Strafe in dieser Strafart aussprechen [29]). Ein unmögliches Ergebnis, wenn man bedenkt, daß die Milderungsgründe des § 71, die bei einer Handlung vorliegen mögen, auf andere strafbare Handlungen übertragen werden, die zufällig gleichzeitig abgeurteilt werden, oder bei denen gar nur die Möglichkeit gleichzeitiger Aburteilung besteht [30])! Mit Recht spricht Gerland von einer „übel angebrachten Milde des Entwurfs", die unter allen Umständen gestrichen werden muß [31]).

---

[25]) Lobe, Ger. S. 93, 120.
[26]) Lobe, Ger. S. 93, 122 ff.
[27]) vgl. Honig, Ger. S. 92, 121.
[28]) vgl. E. 1925 § 71.
[29]) Begr. E. 1925, S. 48.
[30]) vgl. Lobe, Ger. S. 93, 123.
[31]) Gerland, Der Entwurf 1925, S. 85 — vgl. auch Entschl. d. d. Strafr. Ges., Ger. S. 94, 42.

Ueber den § 66 des Entwurfs, der die Anwendung der Vorschriften der vorhergehenden Paragraphen auch für den Fall vorschreibt, daß jemand vor der Verbüßung, der Verjährung oder dem Erlaß einer Strafe wegen einer strafbaren Handlung verurteilt wird, die er vor Verkündung des früheren Urteils begangen hat, ist hier nichts weiter zu sagen, denn der Entwurf bringt nur eine Wiederholung der entsprechenden Bestimmungen des Kommissionsentwurfs und des Entwurfs von 1919[32]). Anzuerkennen ist es, daß auch nach dem amtlichen Entwurf die Vergünstigungen dieses Abschnittes dem Täter nicht zuteil werden sollen, wenn er die neue strafbare Handlung erst nach der Verkündung des ersten auf Strafe lautenden Urteils begangen hat[33]). —

Das fortgesetzte Delikt wird sowohl von dem Entwurf als auch von der Begründung mit Schweigen übergangen. Diese Einstellung mißbilligen manche Schriftsteller, obgleich die lediglich auf die Strafzumessung abgeschnittene Regelung der beiden vorangehenden Entwürfe allgemein abgelehnt wurde. Aus den verschiedenartigen Vorschlägen, die zwecks gesetzlicher Festlegung dieses vielumstrittenen Begriffs gemacht wurden, — Gerland[34]) stellt auf mehrere Teilhandlungen ab, die der Verwirklichung eines und desselben Vorsatzes dienen; Wachenfeld[35]) sieht das entscheidende Kriterium im gleichen Erfolg und in derselben Willensrichtung; Honig[36]) legt weniger Wert auf die Hervorhebung einzelner bestimmter Merkmale, sondern geht von der Gesamtsituation aus — geht mit Deutlichkeit hervor, daß es wohl kaum möglich ist, die Menge der Streitfragen, die hier auftauchen, einfach durch Aufstellung einer gesetzlichen Bestimmung zu beseitigen. In richtiger Erkenntnis dieser Tatsache hat der Entwurf von einer Definition des fortgesetzten Delikts abgesehen und die Lösung dieser Fragen der Rechtsprechung überlassen; dort haben sich bestimmte Grundsätze gebildet.

Ebensowenig kann auch die Notwendigkeit allgemeiner Vorschriften über die Fälle der Subsidiarität und der Gesetzeskonkurrenz bejaht werden[37]). Das gegenseitige Verhältnis der einzelnen Gesetzesbestimmungen läßt sich durch Auslegung feststellen; in den wenigen Fällen, bei denen dieses Mittel versagt, sind jeweils besondere Bestimmungen im speziellen Teil des Strafgesetzbuches erforderlich. — —

---

[32]) KE. § 43 und E. 1919 § 36.
[33]) Begr. E. 1925, S. 49.
[34]) Gerland, Der Entwurf 1925, S. 86.
[35]) Wachenfeld in Goltd. Archiv, Bd. 69, S. 364.
[36]) Honig, Ger. S. 92, 123.
[37]) vgl. die Entschl. d. deutsch. Strafr. Ges., Ger. S. 94, 42.

Blicken wir am Schlusse unserer Betrachtungen noch einmal zurück, so müssen wir feststellen, daß der Entwurf von 1925 im Gegensatz zu seinen Vorgängern, die nur Lücken und Mängel der lex lata beseitigen wollten, gewaltige Verbesserungen auf dem Gebiet der Konkurrenzlehre mit sich gebracht hat. Die Ansicht Bindings hat in der Wissenschaft immer breiteren Fuß gefaßt und hat sich in der Gesetzgebung des Auslands durchgerungen, — sie hat auch in dem amtlichen deutschen Entwurf von 1925 den Sieg davon getragen: Ideal- und Realkonkurrenz erfahren eine gleiche Behandlung. Wenn wir so bei diesem Gesetzeswerk von einem Markstein in der Entwicklungsgeschichte unserer Materie reden können, so dürfen wir auf der anderen Seite doch nicht verheimlichen, daß die Art und Weise der Behandlung noch keineswegs befriedigen kann. Manches ist hier noch reformbedürftig; Aufgabe des Gesetzgebers ist es, diese Mängel zu beseitigen.

5. Der amtliche Entwurf von 1927.

Am 14. Mai 1927 legte der Reichsminister der Justiz dem Reichstag nach Zustimmung des Reichsrats den Entwurf eines Strafgesetzbuchs nebst Begründung vor. Die Grundlage dieses Entwurfs, in dem „deutsche und österreichische Rechtsgedanken und Traditionen zu einem harmonischen Ganzen“ [1]) verwoben sind, bildet der Entwurf von 1925; trotz aller Aenderungen im einzelnen ist die Richtung der Reform dieselbe geblieben. Besonders deutlich zeigt sich das in dem Abschnitt, der von dem „Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen“ spricht. Seine Vorschriften stimmen, abgesehen von einigen Abweichungen, wörtlich mit den entsprechenden Bestimmungen des Entwurfs 1925 überein. Wir können daher hier von einer nochmaligen Stellungnahme absehen und uns mit einer Besprechung der einzelnen Abweichungen begnügen.

Zunächst fällt § 65 des Entwurfs insofern auf, als er im Gegensatz zu allen übrigen Entwürfen den Worten „Sind auf dieselbe Tat mehrere Strafgesetze anwendbar“ den Zusatz beifügt „oder ist durch die Tat dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt“. Der Gesetzgeber hat dadurch endlich einmal den alten Streit über die Behandlung der gleichartigen Idealkonkurrenz durch Aufstellung besonderer Bestimmungen geschlichtet. Es ist nur zu begrüßen, daß die auf Antrag Oetkers von der deutschen Strafrechtlichen Gesellschaft gefaßte Entschließung [2]) berück-

[1]) Dinghofer in Jur. Wochenschrift, 1928, S. 385.
[2]) vgl. Ger. S. 94, 42.

sichtigt wurde, und die mehrmalige Verletzung desselben Strafgesetzes bei der rechtlichen Würdigung der Verletzung mehrerer Strafgesetze gleichgestellt wurde.

In § 66 Abs. 1 bringt der Entwurf gleichfalls einige Aenderungen; eine größere Bedeutung ist denselben jedoch nicht zuzuschreiben. So wurde an Stelle der Fassung „die Strafe ist nach dem Gesetz zu bestimmen“ [3]) der Wortlaut „die Strafe wird nach dem Gesetz bestimmt“ gewählt und damit der Anschein, es handle sich um eine Anweisung an den Richter und nicht um eine allgemeine Gesetzesbestimmung, beseitigt. — Weiter wurde die reichlich unklare Stelle des § 64 Abs. 1 des Entwurfs 1925, die ein Erkennen auf eine mildere Strafe, als sie nach den übrigen Gesetzen zulässig ist, verbietet, durch folgenden Wortlaut ersetzt: „doch darf auf keine niedrigere oder der Art nach leichtere Strafe erkannt werden, als nach den übrigen Strafgesetzen zulässig ist“.

§ 64 Abs. 3 des Entwurfs 1925, der eine Erkennung auf Einschließung zuläßt, wenn die Voraussetzungen hierfür auch nur bei einer der Taten vorliegen, wurde, wie wir oben gesehen haben, von allen Seiten als unhaltbar bekämpft [4]). Der Entwurf 1927 bringt nun insofern eine Einschränkung, als er bestimmt, daß auf Einschließung nur dann erkannt werden darf, wenn die anderen Gesetzesverletzungen neben der zur Einschließung führenden Gesetzesverletzung nicht ins Gewicht fallen [5]). Während also in den Fällen, in denen nur e i n e Gesetzesverletzung abzuurteilen ist, der Richter unter den oben angeführten Voraussetzungen auf Einschließung erkennen muß, wird ihm beim Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen nur die Befugnis dazu gegeben. Von dieser Befugnis aber darf er nur Gebrauch machen, wenn die Gesetzesverletzungen, bei denen an sich die Voraussetzungen für die Einschließung nicht gegeben sind, neben der, bei der diese Voraussetzungen vorliegen, nicht ins Gewicht fallen [6]). Ganz abgesehen davon, daß der Richter mit dem Ausdruck „ins Gewicht fallen“ überhaupt nichts anfangen kann, weil hier jeder Maßstab fehlt [7]), müssen wir auch hier nochmals auf die Bedenken hinweisen, die gegen eine solch weite Ausdehnung bestimmter Milderungsgründe sprechen und die auch durch

---

[3]) § 64 Abs. 1 E. 1925.

[4]) vgl. z. B. L o b e, Ger. S. 93, 123 — G e r l a n d, Der Entwurf 1925, S. 85 — W e g n e r a. a. O. S. 184 — H o n i g, Ger. S. 92, 121 — vgl. auch Ger. S. 94, 42.

[5]) § 66 Abs. 3 E. 1927.

[6]) Begr. E. 1927, S. 51.

[7]) vgl. auch L o b e, Ger. S. 93, 123.

diesen einschränkenden Zusatz nicht beseitigt werden. Es kann nicht sein, daß der Täter deshalb, weil er noch gegen ein anderes Gesetz sich verstoßen hat, milder bestraft wird. Wir müssen nochmals das Verlangen Gerlands [8]) unterstreichen: die ganze Stelle ist aus dem Gesetzbuch zu entfernen. — Bemerkt werden muß, daß der Entwurf dem Gesetzeswortlaut [9]) zufolge diese Vorschriften auch bei der Idealkonkurrenz zur Anwendung kommen lassen will.

In § 67 übernimmt der Entwurf den in § 76 des Reichsstrafgesetzbuchs ausgesprochenen Gedanken. Die besondere Aufzählung der Nebenfolgen und Nebenstrafen neben den Maßregeln der Besserung und Sicherung ist darauf zurückzuführen, daß der Entwurf im Gegensatz zu seinem Vorgänger die Nebenfolgen und Nebenstrafen nicht unter dem Abschnitt „Maßregeln der Besserung und Sicherung" behandelt, sondern wegen des grundsätzlichen Unterschiedes, der zwischen diesen beiden Gruppen besteht, eine Besprechung in getrennten Abschnitten vorzieht.

In § 68 wird die Realkonkurrenz im weiteren Sinne besprochen. Dabei wird § 66 des Entwurfs 1925 insofern abgeändert, als die Stelle „die er vor Verkündung des früheren Urteils begangen hat" durch folgenden Wortlaut ersetzt wird: „die nach der Zeit ihrer Begehung schon in dem früheren Verfahren hätte abgeurteilt werden können". Sinn und Zweck dieser Aenderung ist nicht recht einzusehen, zumal die Begründung [10]) selbst ausführt, daß es bei der Frage, ob für die neue Tat und die bereits früher abgeurteilte Tat eine Einheitsstrafe zu bilden sei, darauf ankomme, ob bei rechtzeitigem Bekanntwerden der neuen Tat ihre Aburteilung nach den Prozeßgesetzen in dem früheren Verfahren möglich gewesen wäre. Beide Entwürfe wollen dasselbe sagen: die später abzuurteilende strafbare Handlung muß vor der Verkündung des ersten Urteils begangen worden sein, wenn die Vorschriften des betreffenden Abschnittes zur Anwendung kommen sollen.

Sonst bringt der Entwurf keine Neuerungen. Er übernimmt insbesondere das ganze Strafsystem seines Vorgängers mit allen seinen Verbesserungen, die es enthält, und leider auch seinen Mängeln. — — —

Wenn wir zum Schlusse unserer Betrachtungen noch einen kurzen Blick auf das weitere Schicksal des Entwurfs werfen, so finden wir, daß bereits im Juli 1927 der 32. Ausschuß (Reichsstrafgesetzbuch) des Reichs-

[8]) Gerland, Der Entwurf 1925, S. 85.
[9]) „bei einer der zusammentreffenden Gesetzesverletzungen" — vgl. dagegen § 64 E. 1925, der von „einer der Taten" spricht.
[10]) Begr. E. 1927, S. 52.

tags unter dem Vorsitz des Abgeordneten Kahl seine Arbeit aufnahm, um das große Reformwerk seiner Vollendung zuzuführen. Die Beratungen über unsere Materie wurden am 7. Dezember 1927 durch ein Referat des Abgeordneten Hanemann eröffnet. Grundsätzlich hatte der Referent gegen Sinn, Inhalt und Fassung der §§ 65—68 des Entwurfs 1927 keine Einwendungen zu machen und beantragte die unveränderte Annahme des ganzen Abschnittes[11]). Er warnte jedoch vor der Annahme, daß die jetzige Fassung des § 65 die Schwierigkeiten aus dem Wege räume, die sich schon bisher nicht nur bei der Idealkonkurrenz, sondern auch bei der Gesetzeskonkurrenz, dem Dauerverbrechen, dem fortgesetzten und dem zusammengesetzten Delikt herausstellten. Eine abschließende Begriffsfestlegung dieser Rechtsdoktrinen sei überaus schwer, ja unmöglich; deshalb müsse auch der Gesetzgeber darauf verzichten, eine Kodifizierung aller dieser im einzelnen flüssigen und flüssig bleibenden Rechtsbegriffe zu geben. Rechtsprechung und Wissenschaft seien dazu berufen, in fortschreitender Entwicklung Grundsätze herauszuarbeiten; das von dem Entwurf geschaffene Fundament ermögliche insbesondere der Praxis einen befriedigenden Aufbau.

Bei der Aussprache wurde § 65 des Entwurfs 1927, zu dem Aenderungsanträge nicht vorlagen, ohne Widerspruch angenommen.

Heftige Kämpfe entstanden bei der Beratung des § 66. Gewisse Anträge wollten die Anwendung des fakultativen Asperationsprinzips auf die Fälle der Realkonkurrenz beschränken mit der Begründung, es erscheine als völlige Ungereimtheit, in den Fällen, wo einer eine einzige Tat begehe, die Strafe entsprechend zu erhöhen, zumal an und für sich nach Abs. 1 des § 66 d a s Strafgesetz anzuwenden sei, das die schwerste Strafe androhe[12]). Mit Recht wurde dieser Antrag jedoch abgelehnt und damit die Gefahr einer Rückkehr zum System des geltenden Rechts beseitigt.

Die §§ 67 und 68 wurden ohne Aussprache angenommen. — — —

Der Reichstagsausschuß hat somit die Regelung des Entwurfs 1927 voll und ganz gebilligt; auf seiner Grundlage soll das neue Strafgesetzbuch aufgebaut werden. Leider kann derselbe trotz mancher großen Verbesserungen noch nicht als vorbildlich bezeichnet werden; manches muß noch geändert werden. Die Zukunft wird zeigen, ob der Gesetzgeber auf unserem Gebiet den richtigen Weg im Kampfe gegen das Verbrechen einschlägt.

[11]) vgl. Protokolle der 38. Sitzung des 32. Reichstagsausschusses vom 7. Dezember 1927, S. 13.

[12]) vgl. Protokolle der 39. Sitzung des 32. Reichstagsausschusses vom 8. Dezember 1927, S. 1.

Literatur-Verzeichnis

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1924 mit Nachträgen von 1928.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. 1909.

Baumgarten: Die Lehre von der Idealkonkurrenz und der Gesetzeskonkurrenz. 1909.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

Binding: Handbuch des Strafrechts. 1885.

— Die Normen und ihre Uebertretung. 2. Auflage.

— Grundriß des Deutschen Strafrechts. 7. Auflage. 1907.

v. Buri: Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Beilageheft zum Ger. S. Bd. 31.

Bürk: Ueber das Wesen der Idealkonkurrenz. Stuttgart 1927.

Bünger: Ueber Handeln und Handlungseinheit, als Grundbegriffe der Lehre vom Verbrechen und von der Strafe. Z.St.W., Bd. 8, S. 520 ff.

Coenders: Ueber die Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz. 1921.

— „Die Idealkonkurrenz". Deutsche Strafrechtszeitung, Jahrg. 1914, Sp. 339 ff.

— Strafrechtliche Grundbegriffe. 1909.

Graf zu Dohna: Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbarer Handlungen. In: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Bd. 1, Allg. T. 1910, S. 402 ff.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch. 3. Aufl. 1925.

Finger: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1904.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926.

Geyer: Ein Beitrag zur Lehre von der Konkurrenz der Verbrechen. Ger. S. Bd. 13, S. 43 ff.

Gerland: Kritische Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzentwurfes 1919. Tübingen 1921.

— Der Entwurf 1925. Allgemeiner Teil. 1925.

Gleispach: „Das Zusammentreffen von strafbaren Handlungen und Strafgesetzen". Oesterr. Zeitschr. für Strafrecht, III. Jahrg.

Habermaas: Die ideale Konkurrenz der Delikte. 1882.
Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. 1881/87.
— System des preußischen Strafrechts.
Heinemann: Die Lehre von der Idealkonkurrenz. 1893.
Hiller: Ueber den gegenwärtigen Stand der Lehre von der Konkurrenz der Delikte. Ger. S. Bd. 32, S. 195 ff.
v. Holtzendorff: Handbuch des Deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen. 1871/77.
Hoepfner: Einheit und Mehrheit der Verbrechen. 1901, 1908.
Honig: Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen. Ger. S. Bd. 92, S. 115.
— Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit.
John: Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonkurrenz. 1860.
Kantorowicz: Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbarer Handlungen. Monatsschrift f. Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Bd. 7, S. 326 ff.
Kärcher: Die Realkonkurrenz der Verbrechen. Ger. S. Bd. 36, S. 431 ff.
A. Köhler: Deutsches Strafrecht. 1917.
— Reformfragen des Strafrechts. 1903.
— Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. 1900.
— Studien zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches. 1910.
Kitzinger: Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht. 1902.
Katz: Das Verhältnis der Einzelstrafen zur Gesamtstrafe. Ger. S. Bd. 36, S. 576 ff.
Kohlrausch: Zur prozessualen Behandlung d. Idealkonkurrenz. 1899.
v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1927. Herausgegeben von Eberh. Schmidt.
— Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. 1894.
— Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches. Z.St.W. Bd. 30, S. 250 ff.
Lobe: Die Regelung des Entwurfs über das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen. Ger. S. Bd. 93, S. 118 ff. und Ger. S. Bd. 94, S. 37 ff.
M. E. Mayer: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 1923.
Ph. O. Mayer: Der Begriff der Handlung im Sinne der §§ 73 und 74 des Reichsstrafgesetzbuchs. Ger. S. Bd. 74, S. 362 ff.
Meisterernst: Ueber Ideal- u. Realkonkurrenz. Tübinger Diss. 1926.
A. Merkel: Lehrbuch des Strafrechts. 1889.

P. Merkel: „Konkurrenz" in „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts." Allg. T., V. Bd., 1913.
Nagel: Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. DJZ. Bd. 15, Sp. 553 ff.
Neuhaus: Eine und dieselbe Handlung oder mehrere selbständige Handlungen? Bonner Diss. 1908.
v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. 1927. Neu bearbeitet von Lorenz, Freiesleben, Niethammer, Kirchner, Gutjahr.
Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901.
Pflaum: Die Gesetzeskonkurrenz. Erlanger Diss. 1898.
Rüdorff: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1892.
Reiffel: Ueber Idealkonkurrenz. § 73 R.St.G.B. Ger. S. Bd. 39, S. 498 ff.
— Noch einmal die Gesamtstrafe. Ger. S. Bd. 40, S. 217 ff.
Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1879.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts. 1924.
Schoetensack: Zu der Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. November 1904. Ger. S. Bd. 67, S. 479 ff.
— Die Arten der Rechtssätze. Ger. S. Bd. 83, S. 1 ff.
Schreuer: Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten. 1896.
R. Schröder: Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte. 1919.
Schütze: Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage. Z.St.W. Bd. 3, S. 48 ff.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1914.
Schwarze: Die Konkurrenz-Theorien und das Strafgesetzbuch. Ger. S. Bd. 34, S. 575 ff.
Sontag: Der Vorentwurf eines neuen Deutschen Strafgesetzbuchs. 1911.
Stürenburg: Die Bestrafung konkurrierender Verbrechen. Leipz. Diss. 1908.
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.
— Theorie der Verbrechenskonkurrenz. 1893.
— Der Allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs von 1925. Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen. Goltd. Arch. Bd. 69, S. 363 ff.
Wach: Der neue Strafgesetzenwurf. Allg. T. DJZ. 1925, Sp. 529 ff.
Wegner: Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen in „Reform des Strafrechts", herausg. v. Aschrott und Kohlrausch.

Entwürfe

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. 1909.

Begründung zum Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. 1909.

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs. 1911.

Begründung zum Gegenentwurf. 1911.

Entwurf der Strafrechtskommission. 1913.

Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919.

Denkschrift zu dem Entwurf von 1919. III. Teil des Entwurfs 1920.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. 1925.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung von 1927.

Die in dem rechtsvergleichenden Abschnitt verwendete Literatur ist jeweils besonders angegeben.